

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI, MERCATI E TUTELE:
INDIRIZZO “DIRITTO PROCESSUALE CIVILE”

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/F1 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Settore Scientifico disciplinare: IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

IL GIUDICATO IMPLICITO:
PROFILI TEORICI E QUESTIONI PRATICHE

Presentata da: Matteo Pacilli

Coordinatore Dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa
Elena Zucconi Galli Fonseca

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Paolo Biavati

Esame finale anno 2012

INDICE

INTRODUZIONE E DELIMITAZIONE DEL PIANO DI INDAGINE	1
---	----------

CAPITOLO PRIMO

IL GIUDICATO IMPLICITO SULLA GIURISDIZIONE: TRA RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA E APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

1.1. Premessa.	3
1.2. Le sezioni unite promuovono un'interpretazione «restrittiva e residuale» dell'art. 37 c.p.c.	7
1.3. <i>Segue</i> : la <i>ratio</i> nella prospettiva della Corte di cassazione.	16
1.4. Giudicato implicito sulla giurisdizione e princìpi processuali costituzionali: le argomentazioni della Corte.	18
1.5. Commento dottrinale critico.	22
1.6. Ulteriori rilievi critici alla teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione.	36
1.7. I casi in cui il principio del giudicato implicito non si estende alla giurisdizione e ad altre questioni pregiudiziali di rito.	47

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDICATO IMPLICITO SU QUESTIONI PRELIMINARI DI MERITO

2.1. Premessa.	49
2.2. Giudicato implicito, ordine logico-giuridico delle questioni e struttura della decisione.	50
2.3. Il principio della ragione più liquida come negazione dell'idea di giudicato implicito.	53
2.4. Il giudicato di merito implicito.	55
2.5. Profili di criticità.	56

CAPITOLO TERZO

IL RAPPORTO TRA IL GIUDICATO IMPLICITO E IL SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI: RISVOLTI APPLICATIVI E PROFILI PROBLEMATICI

3.1. Premessa.	61
3.2. Le implicazioni del giudicato implicito sulla giurisdizione in sede di impugnazione.	62
3.3. <i>Segue</i> : l'onere dell'appello incidentale puro e del ricorso incidentale condizionato della parte vittoriosa nel merito.	67
3.4. Riflessioni a margine del dibattito sulla distinzione tra giudizio di appello e giudizio di cassazione in ordine al carattere condizionato dell'impugnazione incidentale.	70
3.5. Il ricorso incidentale condizionato su questioni preliminari di merito.	75
3.6. I casi in cui il ricorso incidentale per cassazione non è condizionato <i>de iure</i> .	76

CAPITOLO QUARTO

RIFLESSIONI CRITICHE SULL'ONERE DI APPELLO INCIDENTALE DELLA PARTE VITTORIOSA NEL MERITO

4.1. Premessa.	78
4.2. Perplessità sull'onere di impugnazione incidentale dell'appellato non soccombente, neppure potenziale.	78
4.3. L'appello come <i>novum iudicium</i> o come <i>revisio prioris instantiae</i> ?	81
4.4. Rilievi critici sull'impugnabilità della pronuncia implicita sulla giurisdizione.	84

CONCLUSIONI	87
--------------------	-----------

Riferimenti bibliografici

INTRODUZIONE E DELIMITAZIONE DEL PIANO DI INDAGINE

La tesi vuole offrire una riflessione ragionata sull'istituto del giudicato implicito alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, che, come è ben noto, si inserisce in un disegno più ampio della Corte di cassazione che fa del principio della ragionevole durata l'asse portante di una rilettura costituzionalmente orientata delle norme del codice di rito.

Disegno, questo, che talvolta rischia di porsi in contrasto con il tenore letterale della norma codicistica e i principi cardine del nostro sistema processuale; la Corte, cioè, attraverso lo strumento interpretativo, di fatto riscrive o, se così posso esprimermi, manipola in senso restrittivo la norma, riducendone l'ambito applicativo.

Come si può ben capire, vi è una stretta correlazione tra le scelte interpretative della Corte, dettate da motivi di economia processuale, e l'estensione o i limiti del giudicato implicito a finalità semplificatorie, che risponde evidentemente ad una esigenza generale di sistema, ossia quella di circoscrivere progressivamente nel corso del processo l'oggetto della *cognitio*.

Certo è che l'impiego della categoria dogmatica del giudicato implicito, che si fonda sull'assunto dell'ordine logico-giuridico delle questioni e sul principio della ragionevole durata, non può sacrificare il contenuto di valori costituzionalmente protetti e, più in generale, l'effettività della tutela giurisdizionale.

È questo il cuore del problema: si tratta, cioè, di accertare la compatibilità dell'interpretazione adeguatrice delle norme vigenti messa a punto dalla Cassazione con il modello costituzionale del giusto processo.

A questo interrogativo non sfuggono né le questioni pregiudiziali di rito (si pensi alla giurisdizione, ma non solo) né le questioni preliminari di merito, in quanto la regola del giudicato implicito si estende ad entrambe le categorie.

Anche il sistema delle impugnazioni non si sottrae alle conseguenze pratiche derivanti dalle novità interpretative; anzi, l'argomento delle ricadute applicative del giudicato implicito in sede di impugnazione è, sotto il profilo tecnico processuale, uno dei punti più importanti e delicati della questione, in riferimento al quale sorgono i maggiori dubbi interpretativi ed applicativi.

Questi, in sintesi, i profili teorici e le questioni pratiche che saranno oggetto di studio ed approfondimento nel corso della tesi, che, come si può notare fin dalle prime battute, si sviluppa attraverso un continuo e voluto confronto sul tema tra i recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, da un lato, e i rilievi critici della dottrina, dall'altro.

IL GIUDICATO IMPLICITO SULLA GIURISDIZIONE: TRA RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA E APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1.1. Premessa. – 1.2. Le sezioni unite promuovono un'interpretazione «restrittiva e residuale» dell'art. 37 c.p.c. – 1.3. *Segue*: la *ratio* nella prospettiva della Corte di cassazione. – 1.4. Giudicato implicito sulla giurisdizione e principi processuali costituzionali: le argomentazioni della Corte. – 1.5. Commento dottrinale critico. – 1.6. Ulteriori rilievi critici alla teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione. – 1.7. I casi in cui il principio del giudicato implicito non si estende alla giurisdizione e ad altre questioni pregiudiziali di rito.

1.1. Premessa.

Il tema del giudicato implicito sulla giurisdizione ⁽¹⁾ è tra i problemi più ardui ed affascinanti che il dibattito sui limiti oggettivi della cosa giudicata sottopone all'interprete ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sull'istituto del giudicato implicito v., in dottrina, DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, pp. 138-155, 156 ss., 177 ss. e 185 ss.; ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*³, a cura di Arieta e De Santis, Padova, 2008, p. 575 ss.; ADORNO, *Questioni rilevabili d'ufficio e poteri del giudice d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 838-848; LUISO, *Diritto processuale civile*⁶, II, Milano, 2011, p. 66; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*⁷, a cura di Colesanti, Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007, p. 278 s.; GUARNIERI, *Sentenza «non definitiva» ex art. 64, t.u. 30 marzo 2001, n. 165 e giudicato implicito sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1334-1347; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007, pp. 297 ss. nota 37, 331-340 e 344 s. nota 156; CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2007, pp. 1023-1057; TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, pp. 123 ss., 166 ss. e 218 ss.; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*², Torino, 2006, pp. 201-205; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2006, pp. 67 ss., 75-78 e 81-85; ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevanza del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1392-1402; CONSOLO, *Il riparto fra le giurisdizioni, l'anacronismo della «severità» ispiratrice dell'art. 37 c.p.c. sul rilievo officioso «in ogni grado» e il gatto del Cheshire*, in *Corr. giur.*, 2005, II, pp. 1578-1581; ROMANO, *Due sfrangiate questioni in tema di formazione e oggetto della cosa giudicata civile*, in *Corr. giur.*, 2005, I, pp. 109-112; NICOLETTI, *Profili istituzionali del processo civile*, Milano, 2003, pp. 118, 132 ss. e 141 s.; CARBONARA, *Questioni*

di merito e idoneità al giudicato, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 671-699; MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*², diretta da Proto Pisani, Torino, 2002, pp. 76-90, 90-97, 286-308 e 315-325; ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 6, pp. 1292-1301; MONTANARI, *Improcedibilità per sopravvenuta liquidazione coatta amministrativa e giudicato implicito*, in *Il fallimento*, 2000, I, pp. 615-623; POLI, *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, pp. 581-602; FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, pp. 118 ss. e 180 ss.; ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio (nuova critica alla teoria del giudicato implicito)*, in *Giur. merito*, 1995, I, pp. 503-519; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss., spec. p. 416 s.; LIEBMAN, voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, 1989, XV, pp. 1-17; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, spec. p. 227 s., note 172, 207 e 255; DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Dall'azione al giudicato. Temi del processo civile*, Padova, 1983, p. 390 ss., spec. p. 406 s.; LANCELOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 465 ss.; NATOLI, *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 274 ss.; ONDEI, *Un equivoco circa i limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro pad.*, 1976, II, p. 1 ss.; TARUFFO, «Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 651 ss. e II, ivi, 1972, p. 272 ss.; MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 26 ss.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 864-866; TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione (ed altre osservazioni sui limiti oggettivi della cosa giudicata)*, Roma, 1967, pp. 117-131; SANDULLI, *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 1960, I, pp. 1932-1944; GARGIULO, *In tema di giudicato implicito su questione pregiudiziale*, in *Temi nap.*, 1960, I, p. 63 ss.; ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, pp. 215-227; BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Napoli, 1955, p. 20 ss.; HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 755; ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 244 ss.; BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, p. 13 ss.

Nella recente giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1459 s.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, ivi, 2008, p. 1539 s.; Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Giurisdizione civile», n. 119; Cass., 16 maggio 2007, n. 11266, ivi, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 12; Cass., 21 maggio 2007, n. 11672, ivi, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 13; Cass., 18 giugno 2007, n. 14055, ivi, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 14; Cass., sez. un., 19 ottobre 2006, n. 22427, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 2453 s.; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Cosa giudicata civile», n. 8; Cass., 31 marzo 2006, n. 7667, ivi, 2006, voce «Cosa giudicata civile», n. 9; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, ivi, 2006, voce «Cosa giudicata civile», n. 10; Cass., 7 novembre 2005, n. 21490, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 5; Cass., 27 maggio 2005, n. 11318, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 10; Cass., 15 giugno 2005, n. 12855, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 11; Cass., 5 settembre 2005, n. 17764, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 18; Cass., sez. un., 27 gennaio 2005, n. 1621, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 28; Cass., sez. un., 27 aprile 2005, n. 8692, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 32; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 14546, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 33; Cass., 17 aprile 2004, n. 7333, ivi, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 21; Cass., 29 aprile 2004, n. 8204, ivi, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 22; Cass., 5 maggio 2004, n. 8515, ivi, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 24; Cass., 2

Ciò è tanto più vero se si considerano i diversi profili processuali coinvolti nel tentativo di offrire una soluzione al problema che sia costituzionalmente orientata. Si pensi al principio del giusto processo e della sentenza giusta e, in particolare, al contraddittorio e alla ragionevole durata, che della nozione di «giusto processo» sono elementi costitutivi secondo l'art. 111 cost. ⁽³⁾, alla struttura della decisione e all'ordine logico-giuridico delle questioni, nonché all'effettività della tutela giurisdizionale ⁽⁴⁾.

Si tratta di accertare, in altre parole, la possibilità di coesistenza di tutti i diversi aspetti della giurisdizione e la compatibilità degli interessi tutelati, nel senso che ognuno dei valori costituzionalmente protetti non può sacrificare i contenuti fondamentali dell'altro; una volta trovato il punto di equilibrio, la compatibilità non può che essere assicurata, sul piano della regolamentazione, attraverso il meccanismo dell'interpretazione adeguatrice delle norme vigenti.

Di ciò ne è conferma la recente interpretazione dell'art. 37 c.p.c., fornita dalle sezioni unite della Cassazione ⁽⁵⁾, secondo cui l'esegesi di detta norma deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli ⁽⁶⁾.

aprile 2002, n. 4628, ivi, 2002, voce «Cosa giudicata civile», n. 15; Cass., 15 luglio 2002, n. 10252, ivi, 2002, voce «Cosa giudicata civile», n. 16.

⁽²⁾ Come rileva ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, cit., p. 1292.

⁽³⁾ Cfr. Cass., 20 maggio 2008, n. 12746, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 763 s.

⁽⁴⁾ V. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1301 ss.

⁽⁵⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit., e Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.

⁽⁶⁾ V. sul punto BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 318 ss.; PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*,

Per queste ragioni, secondo la Corte, le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato, oltre che il giudicato esplicito, quello implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità ⁽⁷⁾; ciò comporta l'inammissibilità dell'eccezione (o del rilievo officioso) del difetto di giurisdizione proposta per la prima volta in cassazione.

L'incidenza di tale regola è del tutto evidente sul piano degli effetti pratici, valendo a configurare – attraverso l'effetto preclusivo del giudicato – una limitazione del controllo di legittimità nelle diverse ipotesi di difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali: la verifica della Cassazione diviene allora, sul piano sistematico, una verifica del tutto eventuale, preclusa dalla formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione per effetto della pronuncia sul merito da parte del giudice di primo grado e della mancata impugnazione, al riguardo, dinanzi al giudice d'appello; sicché, ad esempio, il giudicato può formarsi sulla pronuncia emessa da un giudice privo di *potestas iudicandi*, in quanto carente di giurisdizione in riferimento alla tutela sostanziale richiesta, con la conseguenza che lo stesso interesse pubblico al riparto della giurisdizione viene condizionato alla scelta della parte riguardo alla contestazione o meno del difetto di giurisdizione in sede di impugnazione.

La configurabilità del giudicato implicito sulla giurisdizione, e quindi la soluzione prospettata dalle sezioni unite, è invece spesso criticata dalla dottrina in quanto comporta un'estensione dei limiti oggettivi del giudicato oltre ciò che è stato oggetto di effettivo dibattito fra le parti.

in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-26 settembre 2009, p. 5 ss.; PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim*.

⁽⁷⁾ Così la relazione n. 35 della Corte suprema di cassazione – Ufficio del massimario e del ruolo del 13 marzo 2009 sul tema «La presenza dello *jus constitutionis* nella giurisprudenza della Corte di cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 cost.; qualche profilo di criticità», in www.cortedicassazione.it, p. 26.

Non resta, quindi, che fare un'analisi delle diverse posizioni che giurisprudenza e dottrina hanno assunto sul tema al fine di fornire un contributo di razionalità in termini di riflessioni e annotazioni.

1.2. Le sezioni unite promuovono un'interpretazione «restrittiva e residuale» dell'art. 37 c.p.c.

Mi pare opportuno premettere ad ogni commento dottrinale un'attenta disamina dell'attuale orientamento della Cassazione in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione.

In una recente sentenza ⁽⁸⁾, le sezioni unite, promovendo un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c. alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo («asse portante della nuova lettura della norma»), hanno statuito che: *a)* fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c.; *b)* la sentenza di merito di primo grado può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; *c)* le sentenze d'appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; *d)* il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato implicito o esplicito ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

⁽⁹⁾ La sentenza in questione è annotata da SANDULLI, *Dopo la "translatio iudicii", le Sezioni Unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., n. 24883 del 2008)*, in www.federalismi.it; LAMORGESE, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, in www.federalismi.it; LIPARI, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati (AS-1082): certezze e dubbi*, in www.federalismi.it; VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.federalismi.it; SARCONI, *Nota minima a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883 – Riconoscimento della competenza del giudice adito*, in www.amministrativamente.it; CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in www.federalismi.it, 2009.

In tale decisione, si è osservato che secondo l'art. 329, comma 2°, c.p.c. l'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate: se i giudici tributari avessero espressamente affermato la propria giurisdizione (su istanza di parte o d'ufficio) contestualmente alla decisione di merito, la mancata impugnazione della relativa statuizione avrebbe determinato senz'altro l'effetto dell'accettazione della stessa da parte dell'appellante e del passaggio in giudicato (esplicito) del relativo capo della sentenza con l'effetto preclusivo di cui all'art. 324 c.p.c., nonostante il disposto dell'art. 37, comma 1°, c.p.c. in forza del quale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo ⁽¹⁰⁾.

È ormai consolidato ⁽¹¹⁾, infatti, il principio secondo cui, qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito e la parte impugni solo sul merito, è precluso al giudice d'appello e alla Cassazione il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede

⁽¹⁰⁾ Al processo tributario, come è noto, si applicano le norme del codice di procedura civile per quanto non previsto dal d.lgs. n. 546 del 1992 (artt. 1, comma 2°, e 49): «Anche al processo tributario – caratterizzato, al pari di quello civile, dalla necessità della difesa tecnica e da un sistema di preclusioni, nonché dal rinvio alle norme del codice di procedura civile, in quanto compatibili – è applicabile il principio generale di non contestazione che informa il sistema processuale civile (con il relativo corollario del dovere del giudice di ritenere non abbisognavoli di prova i fatti non espressamente contestati), il quale trova fondamento non solo negli artt. 167 e 416 c.p.c., ma anche nel carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena, nella generale organizzazione per preclusioni successive, che caratterizza in misura maggiore o minore ogni sistema processuale, nel dovere di lealtà e di probità previsto dall'art. 88 c.p.c., il quale impone alle parti di collaborare fin dall'inizio a circoscrivere la materia effettivamente controversa, e nel generale principio di economia che deve sempre informare il processo, soprattutto alla luce del novellato art. 111 cost. Né assumono alcun rilievo, in contrario, le peculiarità del processo tributario, quali il carattere eminentemente documentale dell'istruttoria e l'inapplicabilità della disciplina dell'equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo» (Cass., 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 170 s.).

⁽¹¹⁾ A partire da Cass., sez. un., 28 aprile 1976, n. 1506, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, p. 656 (anticipata da Cass., 8 settembre 1970, n. 1298, ivi, 1970, p. 710 s. sulle orme di Cass., sez. un., 22 luglio 1960, n. 2084, ivi, 1960, p. 777).

di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello, essendosi formato il giudicato interno sulla questione ⁽¹²⁾.

Tale giudicato interno, secondo numerose pronunce ⁽¹³⁾, si forma per effetto di un fenomeno di acquiescenza, ai sensi dell'art. 329, comma 2°, c.p.c.; altre pronunce, invece, pur giungendo alla medesima conclusione, non fanno leva sull'art. 329, comma 2°, c.p.c., ma sulla preclusione derivante dal giudicato ⁽¹⁴⁾.

Nel caso in esame, però, i giudici di merito non hanno dedicato espressamente un capo della sentenza alla questione della giurisdizione. Ma non per questo, sostiene la Cassazione, si può ritenere che la questione non sia stata affrontata e decisa.

Secondo la sentenza citata, qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della *potestas iudicandi*; tale verifica, prosegue la Cassazione, in assenza di formale eccezione o questione sollevata d'ufficio, avviene comunque *de plano* (implicitamente) e acquista visibilità soltanto nel caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata.

In linea di principio, se la questione della giurisdizione non viene sollevata in alcun modo, significa che non vi è nessuna necessità che il giudice mostri le proprie credenziali. Ma il fatto che la decisione non sia visibile, non significa che manchi. Il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere. La progressione logica che porta al giudizio di merito presuppone la soluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza, anche quando la decisione sulla *potestas iudicandi* implica la preventiva ricostruzione del rapporto sostanziale dedotto in giudizio e del quadro normativo di riferimento.

⁽¹²⁾ V., tra le tante, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, cit.; Cass., 8 agosto 2003, n. 12002, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 1881 s.; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6229, ivi, 1997, p. 1171 s.

⁽¹³⁾ V. Cass., sez. un., 8 agosto 2001, n. 10961, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1574; Cass., 12 aprile 1984, n. 2377, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Cosa giudicata civile», n. 22; Cass., sez. un., 24 febbraio 1982, n. 1151, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 441 s.; Cass., sez. un., 17 novembre 1978, n. 5330, ivi, 1978, p. 2228 s.; Cass., sez. un., 28 aprile 1976, n. 1506, cit.

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. un., 23 giugno 1983, n. 4295, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1523.

Questo è in sintesi l'attuale orientamento della Cassazione sul giudicato implicito in ipotesi di difetto di giurisdizione eccepito per la prima volta in sede di legittimità.

Parte della dottrina ⁽¹⁵⁾, invece, ritiene che in materia di giurisdizione non sussista un ordine logico precostituito, considerato che gli elementi della fattispecie influiscono sull'identificazione del giudice competente. Questa stessa dottrina ritiene che il giudicato sulla giurisdizione si formi soltanto se sul punto sia stata sollevata un'autonoma questione pregiudiziale, oggetto di specifico contraddittorio tra le parti (pregiudiziale tecnica e non soltanto logica ⁽¹⁶⁾). La tesi è che, se la questione non viene espressamente sollevata, la stessa non può considerarsi risolta. Non è corretto, osserva ancora questa dottrina, ritenere che i dubbi non sollevati siano stati risolti in modo implicito: il giudice che non dubita non decide, ovvero decide senza riflettere e, quindi, è inaffidabile ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾.

La Cassazione, in risposta a questo orientamento dottrinale, afferma che, di regola, se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la

⁽¹⁵⁾ Per gli approfondimenti e i riferimenti bibliografici, v. *infra* nn. 1.5. e 1.6.

⁽¹⁶⁾ In tema di questioni pregiudiziali, occorre distinguere quelle che sono tali soltanto in senso logico, in quanto investono circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa e devono essere necessariamente decise *incidenter tantum*, dalle questioni pregiudiziali in senso tecnico, che concernono circostanze distinte ed indipendenti dal detto fatto costitutivo, del quale, tuttavia, rappresentano un presupposto giuridico, e che possono dar luogo ad un giudizio autonomo, con la conseguenza che la formazione della cosa giudicata sulla pregiudiziale in senso tecnico può aversi, unitamente a quella sul diritto dedotto in lite, solo in presenza di espressa domanda di parte di soluzione della questione stessa (Cass., (ord.) 12 luglio 2005, n. 14578, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 16).

Sull'argomento, v. ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *op. cit.*, p. 575 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*⁴, I, Milano, 2007, p. 154 ss.; VOLPINO, *op. cit.*, pp. 331-340; BOVE, *op. cit.*, pp. 201-205; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 75 ss.; NICOLETTI, *op. cit.*, p. 116 s. e, per i riferimenti giurisprudenziali, p. 128 ss.; CARBONARA, *op. cit.*, p. 684 ss.; MENCHINI, *op. cit.*, pp. 76-90; POLI, *op. cit.*, p. 587 ss.

⁽¹⁷⁾ V. *infra* n. 1.5.

⁽¹⁸⁾ Si pensi al caso in cui un giudice privo di giurisdizione si ritenga competente senza porsi per nulla il problema. La Cassazione ritiene che si tratti di casi marginali ai quali può porre rimedio la vigilanza delle parti. E comunque, eventuali accordi illeciti tra le parti (intesi a radicare la giurisdizione per ragioni di comodo presso un giudice incompetente e non particolarmente solerte) non possono essere contrastati negando valore al giudicato implicito: non basterebbe neanche il giudicato esplicito.

sentenza di merito, significa che la *potestas iudicandi* è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. Ne consegue che la tesi secondo la quale soltanto in caso di dubbio espresso possa riconoscersi la forza certificatrice del giudicato appare illogica, perchè esclude tale *vis* proprio quando la questione non presenta alcun margine di incertezza e viene decisa *de plano*. Sarebbe come dire, fa notare la Cassazione, che la verità di un fatto evidente è meno certa di un fatto originariamente dubbio, o come affermare che il giudicato sul merito si forma soltanto in relazione alle circostanze di fatto che abbiano formato oggetto di prova e non invece in relazione ai fatti notori o non contestati.

La Corte rileva inoltre che l'assunto secondo il quale soltanto le decisioni che scaturiscono da un apposito dibattito partecipano degli effetti previsti dall'art. 324 c.p.c., oltre ad offrire il fianco all'incongruenza logica sopra evidenziata (per cui soltanto la certezza che sia figlia del dubbio merita il sigillo del giudicato e non invece le certezze di cui nessuno abbia mai dubitato), si pone anche in evidente contrasto con le regole dell'economia processuale, perchè ciascuna parte, quand'anche nessuno dubitasse della *potestas iudicandi* del giudice adito, se volesse proseguire il giudizio senza il rischio di imprevedibili regressioni successive, sarebbe costretta a provocare un contraddittorio sul punto. Senza considerare che, in linea di principio, la certezza del giudicato talora deriva non dall'accertamento dei fatti ma soltanto dall'impossibilità di accertarli, in quanto sopperisce la regola di giudizio dell'onere della prova: il dubbio resta nonostante la decisione. Ne deriva che, sul piano del valore di verità, appare più affidabile, secondo la Cassazione, la decisione che non sia passata attraverso il travaglio del dubbio, che non quella che sia frutto del contraddittorio risolto *iuxta alligata et probata* e non in base al principio di verità materiale.

In realtà, prosegue la Cassazione, non bisogna confondere la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice con il quadro logico della decisione complessiva adottata in esito alle attività cognitive, all'interno del quale si

collocano i passaggi impliciti o espliciti che portano alla decisione finale (una sorta di stratificazione da assestamento). Questi passaggi, che nel giudizio monocratico non sono scanditi da un apposito rituale, sono plasticamente raffigurati nella prescrizione dell'art. 276, comma 2°, c.p.c., in forza del quale il collegio, sotto la direzione del presidente, «decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa» (la disposizione, richiamata dagli artt. 131 e 141 disp. att. c.p.c., riguarda anche i giudizi d'appello e di cassazione). Vi è dunque un preciso obbligo di legge di decidere prima («gradatamente») le questioni pregiudiziali (logiche o tecniche) e poi («quindi») il merito. Pertanto, sostiene la Cassazione, non si può affermare che, in mancanza di una specifica statuizione, la questione di giurisdizione, presente in ogni causa, non sia stata affrontata. Se il giudice ha deciso il merito, in forza del combinato disposto degli artt. 276, comma 2°, e 37 c.p.c. (che impone la verifica d'ufficio della *potestas iudicandi*), si deve ritenere che abbia già deciso, in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione ⁽¹⁹⁾.

Anche gli artt. 279, comma 2°, e 187, commi 2° e 3°, c.p.c. indicano quale sia la progressione naturale che il giudice deve seguire nel decidere le questioni, nella quale quelle di merito vengono sempre dopo quelle attinenti alla giurisdizione.

In definitiva, secondo la Cassazione, la decisione sul merito implica la decisione sulla giurisdizione e, pertanto, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano ma non eccepiscono il difetto di giurisdizione, pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, si verifica il fenomeno dell'acquiescenza per incompatibilità con le conseguenti preclusioni sancite dagli artt. 329, comma 2°, e 324 c.p.c.

⁽¹⁹⁾ La Cassazione afferma che la regola della decisione per gradi appartiene alla natura stessa del processo e la si ritrova espressamente sancita anche nella disciplina del processo penale. L'art. 527, comma 1°, c.p.p. dispone infatti, analogamente all'art. 276 c.p.c., che il collegio, sotto la direzione del presidente, decide separatamente le questioni preliminari e ogni altra questione relativa al processo; soltanto se l'esame del merito non risulti precluso sono poste in decisione le questioni di fatto e di diritto concernenti l'imputazione.

Ne deriva, secondo la sentenza citata, che in ogni processo vanno individuati «due distinti e non confondibili oggetti del giudizio, l'uno (processuale) concernente la sussistenza o meno del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa e l'altro (sostanziale) relativo alla fondatezza o no della domanda» ⁽²⁰⁾.

E quindi, stante l'obbligo del giudice di accertare l'esistenza della propria giurisdizione prima di passare all'esame del merito o di altra questione ad essa successiva, può legittimamente presumersi che ogni statuizione al riguardo contenga implicitamente quella sull'antecedente logico da cui è condizionata e, cioè, sull'esistenza della giurisdizione, in difetto della quale non avrebbe potuto essere adottata.

Resta ora da verificare se, e come, l'assunto del giudicato implicito sulla giurisdizione possa conciliarsi con la regola secondo la quale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo (art. 37, comma 1°, c.p.c.).

Intanto, sul piano metodologico, la suprema Corte precisa che, trattandosi di norma che appare *ictu oculi* in contrasto con il generale principio di economia processuale, deve essere interpretata in senso restrittivo e residuale. In mancanza dell'art. 37 c.p.c., i soggetti processuali sarebbero stati maggiormente responsabilizzati nella verifica della questione di giurisdizione, non potendola poi sollevare successivamente. Le parti che consapevolmente non sollevano l'eccezione di difetto di giurisdizione hanno evidentemente la riserva mentale di formularla successivamente in base ad un calcolo di convenienza (*secundum eventum litis*), quindi la loro inerzia ha un fine palesemente dilatorio e non meritevole di tutela. Le parti che, invece, non ritengono che sussista un problema di giurisdizione, per ben due gradi di giudizio, ma lo sollevano poi soltanto in sede di legittimità, o non hanno

⁽²⁰⁾ Cass., sez. un., 10 maggio 2002, n. 6737, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 807 s.

svolto il loro compito in maniera diligente o tentano la carta estrema della vanificazione processuale contestando il potere del giudice di *ius dicere*: in entrambi i casi non meritano tutela.

Quanto alla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione direttamente nel giudizio di cassazione, la Corte afferma che vi osta un elemento letterale ed uno sistematico. L'art. 37 c.p.c. prevede la rilevabilità del difetto di giurisdizione «in ogni stato e grado del processo», con terminologia che non si attaglia al giudizio di legittimità in quanto quest'ultimo non può essere definito un grado del processo, ma semmai un momento di verifica della legittimità dell'intero giudizio di merito, nei limiti dei motivi dedotti. Sul piano sistematico va rilevato che il giudizio di cassazione è tendenzialmente limitato alle sole questioni prospettate dalle parti ⁽²¹⁾, con la sola eccezione dei casi in cui la Corte intenda esercitare d'ufficio la funzione di nomofilachia e delle questioni rilevabili d'ufficio ma relative al ricorso. In altri termini, la Corte conosce le nullità in quanto dedotte con il ricorso.

L'avvento del principio della ragionevole durata del processo comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali per vizi che non si risolvono in una totale carenza della tutela giurisdizionale, come ad esempio i vizi attinenti al principio del contraddittorio.

La Cassazione ritiene che «la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e

⁽²¹⁾ Oggi non più nei ristretti limiti del quesito di diritto *ex art. 366-bis c.p.c.*, recentemente abrogato dall'art. 47 l. 18 giugno 2009 , n. 69 recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile».

soprattutto, per il valore sistematico e per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale» ⁽²²⁾).

L'art. 37 c.p.c., dunque, afferma la Cassazione, va letto ed interpretato nel contesto delle altre regole processuali e della sostenibilità degli effetti cronologici.

In particolare, occorre tenere conto:

a) della regola della coerenza dei comportamenti delle parti (art. 329 c.p.c.), per cui l'acquiescenza alla pronuncia sulla giurisdizione comporta l'impossibilità di sollevare successivamente l'eccezione di difetto di giurisdizione;

b) del dovere di responsabile collaborazione delle parti per contenere i tempi processuali: il principio costituzionale di ragionevole durata del processo si rivolge non soltanto al giudice quale soggetto processuale, in funzione acceleratoria, ma anche e soprattutto al legislatore ordinario ed al giudice quale interprete della norma processuale, rappresentando un canone ermeneutico imprescindibile per una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano il processo, nonché a tutti i protagonisti del giudizio, ivi comprese le parti, le quali, soprattutto nei processi caratterizzati dalla difesa tecnica, debbono responsabilmente collaborare a circoscrivere tempestivamente i fatti effettivamente controversi ⁽²³⁾;

c) della preclusione derivante dal giudicato che opera, come si è detto, anche nei confronti del giudice di legittimità ⁽²⁴⁾.

L'evoluzione giurisprudenziale, nel quadro dell'interpretazione sistematica, porta la Cassazione alla conclusione che la portata precettiva dell'art. 37 c.p.c. deve essere contenuta in limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della legge (*lex plus dixit quam voluit*).

⁽²²⁾ Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Giurisdizione civile», n. 165. Per la necessità di una lettura costituzionalmente orientata delle norme processuali, v. anche Cass., 27 luglio 2006, n. 17144, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, pp. 1988-1990; Cass., 27 giugno 2006, n. 14760, ivi, 2006, p. 1678 s.; Cass., 19 giugno 2006, n. 14087, ivi, 2006, p. 1632; Cass., 23 maggio 2006, n. 12095, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Infortuni sul lavoro», n. 83.

⁽²³⁾ Cass., 24 gennaio 2007, n. 1540, cit.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 34, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Cosa giudicata civile», n. 4.

Occorre ora chiedersi se, tenuto conto del mutato quadro normativo-sistematico, delle esigenze di coerenza del sistema e di tempestività delle decisioni, non sia legittimo ritenere che la norma non operi anche in presenza di un giudicato implicito sulla giurisdizione.

Sul piano della coerenza del sistema, afferma la suprema Corte, sarebbe del tutto ingiustificato ritenere che il giudicato implicito non abbia lo stesso effetto preclusivo del giudicato esplicito, posto che incombe su tutti i soggetti del rapporto processuale l'obbligo di controllare il corretto esercizio della *potestas iudicandi*, fin dalle prime battute processuali, proprio in forza dell'art. 37 c.p.c., anche quando la questione non venga espressamente sollevata.

In altri termini, il giudice deve innanzitutto autolegittimarsi (art. 276, comma 2°, c.p.c.) ed eventualmente rilevare subito il difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.), e quindi il suo silenzio equivale ad una pronuncia positiva, così come il silenzio delle parti vale acquiescenza (art. 329 c.p.c.): una sorta di trilaterale silenzio-assenso giurisdizionale.

1.3. Segue: la *ratio* nella prospettiva della Corte di cassazione.

Il *leitmotiv* della nuova lettura interpretativa dell'art. 37 c.p.c. risiede, a mio avviso, in un'espressione tratta dalla stessa sentenza delle sezioni unite: «Non ha senso giocare una partita in un campo di cui solo successivamente possa essere verificata la praticabilità» ⁽²⁵⁾.

Le sezioni unite ci dicono in sostanza che è controproducente, nell'ottica della ragionevole durata del processo, consentire di sollevare successivamente un vizio procedurale che può essere invece rilevato immediatamente o, comunque, in tempi brevi.

⁽²⁵⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

Ad avviso della Corte, l'art. 37, comma 1°, c.p.c., nell'interpretazione tradizionale basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce un'ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 cost.), in quanto comporta l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito ⁽²⁶⁾.

Questo assunto ben si coordina con l'esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva della sovranità statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti di concorrenza degli ordinamenti giuridici).

Il principio che si desume è la prevalenza, ai fini del servizio giustizia, che l'autorità giudiziaria dia risposta di merito alla domanda di giustizia. Ciò comporta che, quando la giurisdizione è stata affermata e la decisione di merito è stata emessa, la prevalenza dell'interesse alla decisione di merito implica che non possa farsi più questione sulla giurisdizione se non dalla parte soccombente e che abbia interesse concreto all'impugnazione ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾.

Ne consegue che il fine primario del processo consiste nella realizzazione del «diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa» ⁽²⁹⁾, in modo tale da assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

⁽²⁷⁾ Sulle nozioni di soccombenza (pratica e teorica), interesse e legittimazione ad impugnare, v. *infra* n. 4.2.

⁽²⁸⁾ CARBONE, *Ricorso incidentale condizionato*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 754 s.

⁽²⁹⁾ V. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Giur. cost.*, 2007, p. 726 ss.

⁽³⁰⁾ È della stessa opinione CASTRO, *La difficoltà d'individuare un'utilità effettiva fa propendere per l'assorbimento del motivo*, in *Guida dir.*, 2009, 17, p. 46, secondo il quale «il *leitmotiv* della sentenza in esame [Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.] è di matrice chiovendiana e si basa sull'assorbente rilievo che il processo deve, senza inutili rallentamenti, garantire alla parte la

1.4. Giudicato implicito sulla giurisdizione e principi processuali costituzionali: le argomentazioni della Corte.

Occorre ora verificare la compatibilità della soluzione prospettata dalle sezioni unite con i parametri costituzionali, nel senso che la riduzione degli spazi processuali per eccepire il difetto di giurisdizione potrebbe confliggere con il principio del giudice naturale precostituito per legge cui nessuno può essere sottratto (art. 25, comma 1°, cost.) o con le altre norme costituzionali sulla giurisdizione (artt. 111 e 113 cost.).

Quanto al rispetto del principio del giudice naturale, in forza del quale nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, la Cassazione fa notare che la Corte costituzionale è già stata investita della questione proprio in relazione allo sbarramento previsto dell'art. 38 c.p.c., riconoscendone la legittimità⁽³¹⁾. Il giudice delle leggi ha escluso che l'art. 38 c.p.c., ponendo un limite temporale alla rilevanza dell'incompetenza e consentendo la trattazione della causa da parte di un giudice carente del potere giurisdizionale, nei casi in cui l'incompetenza non sia tempestivamente rilevata, si ponga in contrasto con il principio della precostituzione del giudice, in quanto permette la sostituzione del giudice naturale con altro giudice, il quale verrebbe ad acquisire il potere giurisdizionale non in forza di una previsione normativa, ma per una mera omissione delle parti, le quali potrebbero anche accordarsi per scegliere un giudice incompetente. La Consulta ribadisce che, come più volte ha avuto modo di affermare, al legislatore deve riconoscersi la più ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali e nell'articolazione del processo, fermo il limite della ragionevolezza e, quindi, il legislatore può legittimamente introdurre limitazioni alla possibilità di rilevare i vizi di competenza a vantaggio dell'interesse all'ordine ed alla speditezza del processo. Né rileva che le

realizzazione del diritto rivendicato; compito del giudice è, quindi, assicurare una risposta, positiva o negativa, sul bene della vita domandato attraverso la proposizione dell'azione giurisdizionale».

⁽³¹⁾ Corte cost., (ord.) 16 aprile 1999, n. 128, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 1048-1050.

parti possano scegliere un giudice incompetente rinunciando a sollevare la relativa eccezione, posto che comunque il giudice ha l'obbligo di procedere alla verifica preliminare della *potestas iudicandi*.

Mutatis mutandis, secondo la Cassazione, il ragionamento della Corte costituzionale vale anche in relazione alla possibilità di limitare nel tempo la rilevanza del difetto di giurisdizione.

Quanto alle norme sulla giurisdizione, l'art. 111, comma 8°, cost., prevedendo l'impugnabilità delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti con ricorso in cassazione, stabilisce i limiti esterni del ricorso, ma non riguarda la disciplina delle preclusioni interne. Così pure, l'art. 113, comma 3°, cost., nello stabilire che la legge determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione, fa salvo il rispetto dei limiti sostanziali e procedurali previsti dalla legge (se così non fosse, neanche il giudicato esplicito parziale sulla giurisdizione metterebbe al riparo dalla riproposizione della questione). Comunque, alla luce della citata giurisprudenza della Consulta, il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata assume valore prevalente rispetto ad altre prescrizioni costituzionali, nei limiti in cui gli altri principi di garanzia siano comunque assicurati.

Il principio della ragionevole durata del processo, invece, diventa l'asse portante della nuova lettura interpretativa dell'art. 37 c.p.c., la quale trova conforto, secondo la Cassazione, anche sul piano della comparazione sistematica con l'art. 38 c.p.c.

Tale principio, per quanto rivolto al legislatore, può ben fungere da parametro di costituzionalità con riguardo a quelle norme processuali le quali – rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del «diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa» ⁽³²⁾ – prevedano rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da

⁽³²⁾ V. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Giustizia amministrativa», n. 192. Per un commento della sentenza, v. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte*

un organo all'altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive né da esigenze repressive o di altro genere. È vero che il principio della ragionevole durata «deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo [...], la cui attuazione positiva, ove sia frutto di scelte assistite [...] da valide giustificazioni, non è sindacabile sul terreno costituzionale» ⁽³³⁾, ed è anche vero che le disposizioni processuali concernenti l'individuazione del giudice competente sono volte ad assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale, ma pur sempre a condizione di non sacrificare il diritto della parte ad una valida decisione di merito in tempi ragionevoli ⁽³⁴⁾. Nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale (artt. 25 e 103 cost.) e della ragionevole durata del processo, afferma la Cassazione, si deve tenere conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può (e deve) ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio. L'art. 37, comma 1°, c.p.c. nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce un'ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito ⁽³⁵⁾.

Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii, in *www.federalismi.it*, 2007; MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, p. 736 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, p. 1103 ss.

⁽³³⁾ In tal senso, Corte cost., (ord.) 11 dicembre 2001, n. 399, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 3888-3894.

⁽³⁴⁾ In tal senso, Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, cit.

⁽³⁵⁾ Nello stesso senso, Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.: «Un sistema di rilevanza del difetto di giurisdizione è compatibile con la durata ragionevole del processo solo ove sia previsto che il rilievo *ex officio* avvenga entro termini brevi e determinati. Ne consegue che l'interesse delle parti viene invece oggettivamente compromesso in caso di mancanza di un prefissato termine ragionevole per tale rilevanza, in quanto l'attività processuale compiuta e la stessa pronuncia del giudice sul diritto controverso rimangono in tal caso *sub iudice*, a prescindere dal contraddittorio

In definitiva, secondo la Corte di legittimità, la norma il cui tenore letterale sembra consentire che un vizio procedurale immediatamente rilevabile possa essere fatto valere *per saltum* anche dopo che il processo abbia esaurito i gradi di merito, con l'effetto di riportare a zero tutta l'attività svolta, non può essere ascritta tra quelle che assicurano la ragionevole durata del processo e, quindi, va interpretata utilizzando i riferimenti sistematici e costituzionali che consentano di contenerne la portata nei limiti dei parametri di ragionevolezza utilizzati dal legislatore per istituti analoghi.

Oggi, conclude la Cassazione, nel mutato quadro normativo (interno ed internazionale) in tema di giurisdizione e con l'avvento della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo, il principio di economia processuale non può non produrre i suoi effetti anche in relazione ai tempi concessi per il consolidamento della giurisdizione. Pertanto, l'art. 37 c.p.c. ha subito certamente un'erosione di principio, nel senso che il contenuto letterale della norma deve cedere il passo all'odierna intenzione del legislatore (*voluntas legis*) frutto dell'evoluzione storica del sistema (art. 12, comma 1°, disp. prel.) che impone termini perentori per la verifica della *potestas iudicandi* ⁽³⁶⁾. La riduzione degli spazi applicativi dell'art. 37 c.p.c. è simmetrica alla «portata espansiva del nuovo dettato costituzionale», che fornisce ai giudici «uno strumento per verificare la tenuta e la

delle parti e dall'assenza di impugnazione, e sono eventualmente travolte da un rilievo officioso che intervenga in qualunque momento del processo, anche a distanza di anni, e comprometta conseguentemente la tutela del diritto sostanziale». Per approfondimenti su questa sentenza, v. RIZZO, *Le SS.UU. si pronunciano sul giudicato implicito. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili – sentenza 30 ottobre 2008 n. 26019*, in www.ildirittoepericoncorsi.it e PACIOTTI, *Processo del lavoro*, in www.studiolegalelaw.it.

⁽³⁶⁾ È evidente, fa notare la suprema Corte, che la razionalizzazione del potere di verifica sulla giurisdizione, in ragione dell'interesse delle parti garantito dal giusto processo, non implica affatto un integrale pregiudizio dell'interesse generale, tanto più che la regolarità dell'esercizio della giurisdizione resta comunque affidata anche al controllo delle stesse parti, esercitabile mediante l'impugnazione della sentenza: si tratta, in definitiva, come le sezioni unite hanno precisato, di assimilare la situazione processuale derivante dalla mancata impugnazione, in punto di giurisdizione, della sentenza di primo grado che abbia deciso sul merito a quella derivante dal giudicato esplicito sulla giurisdizione, sì che la decisione sul merito renda ormai indiscutibile, in presenza del giudicato implicito al riguardo, l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario (cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.).

portata delle singole norme del codice di rito e per garantirne un'interpretazione costituzionalmente orientata» ⁽³⁷⁾.

Più semplicemente, afferma la Cassazione, «non ha senso giocare una partita in un campo di cui solo successivamente possa essere verificata la praticabilità».

1.5. Commento dottrinale critico.

Le recenti pronunce delle sezioni unite ⁽³⁸⁾, da un lato, attestano l'impiego giurisprudenziale della categoria dogmatica del giudicato implicito sulla giurisdizione, dall'altro, invece, consentono al giurista di rilevare quelli che, in dottrina, sono definiti «disorientamenti» della Cassazione in materia di giudicato implicito ⁽³⁹⁾, che si manifestano nell'uso promiscuo che la suprema Corte fa dell'istituto in esame.

In altre parole, come vedremo, la Cassazione impiega la nozione del giudicato implicito, e quindi la stessa categoria dogmatica, in riferimento a situazioni processuali obiettivamente differenti, esponendosi, in tal modo, alle critiche legittime di autorevole dottrina ⁽⁴⁰⁾.

Ciò non può che suscitare qualche perplessità. Su questo punto, pertanto, occorre soffermarsi e focalizzare l'attenzione, ai fini del dibattito sull'ammissibilità

⁽³⁷⁾ Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1228.

⁽³⁸⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit., e Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.

⁽³⁹⁾ Espressione mutuata da ZIINO, *op. cit.*, pp. 1392-1402, che, a mio avviso, più di ogni altra rende l'idea dell'uso promiscuo che la Cassazione fa dell'istituto del giudicato implicito.

⁽⁴⁰⁾ L'istituto del giudicato implicito, recepito dalla giurisprudenza, è stato spesso criticato dalla dottrina perché comporta un'estensione dei limiti oggettivi del giudicato: cfr. ZIINO, *op. cit.*, p. 1396 s. e, per i riferimenti bibliografici, nota 9; *amplius* sulla dottrina *pro* e contro il giudicato implicito, TURRONI, *op. cit.*, p. 124 s. nota 39; LUISO, *Diritto processuale civile*⁶, II, cit., p. 65 s.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 297; *amplius*, con riguardo al giudicato implicito sui presupposti processuali, FORNACIARI, *op. cit.*, p. 183 ss. e ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1292 ss.; MONTANARI, *op. cit.*, p. 615 ss.; POLI, *op. cit.*, p. 582 ss.; ODORISIO, *op. cit.*, p. 503 ss.; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, p. 231 ss. e spec. p. 271; ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, cit., pp. 215-227; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, p. 357 ss.

dell'istituto in questione. A questo riguardo, ritengo che il metodo più corretto per un'analisi dettagliata ed approfondita del problema non sia quello di procedere per vie generali, bensì di riferirsi alle singole fattispecie in modo tale da «evitare di ragionare in modo avulso dall'esperienza concreta, e perciò quasi fatalmente criptico» ⁽⁴¹⁾.

Questa è la ragione per cui ritengo utile, ai nostri fini, confrontare la sentenza sopra esaminata ⁽⁴²⁾ con una sentenza di poco successiva ⁽⁴³⁾, sottolineando la differenza fra le due situazioni processuali: ed infatti attraverso questa indagine sarà possibile, se non mi inganno, spiegare e al tempo stesso giustificare le perplessità che parte della dottrina manifesta verso l'istituto in esame ⁽⁴⁴⁾.

Nella sentenza esaminata le sezioni unite ritengono inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in sede di legittimità dalla parte che, soccombente nel merito in primo grado, aveva appellato la sentenza del giudice ordinario senza formulare alcuna eccezione sulla giurisdizione. E ciò perchè sulla questione pregiudiziale di rito ⁽⁴⁵⁾ si è formato il giudicato implicito in virtù del fatto che tale difetto non è stato oggetto di censura nei precedenti gradi di merito. In breve, la Cassazione impiega la nozione di giudicato implicito sulla giurisdizione in riferimento ad un caso in cui non si è ancora verificato il passaggio in giudicato della sentenza di merito.

Nella sentenza successiva ⁽⁴⁶⁾, invece, le sezioni unite affermano, con giurisprudenza ormai del tutto consolidata ⁽⁴⁷⁾, che il giudicato sulla giurisdizione può

⁽⁴¹⁾ Così ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1292.

⁽⁴²⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

⁽⁴³⁾ Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29531, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Cosa giudicata civile», n. 29.

⁽⁴⁴⁾ V. nota 40.

⁽⁴⁵⁾ Nel caso di specie sarebbe più corretto, a mio avviso, parlare di tema pregiudiziale, piuttosto che di questione pregiudiziale, in quanto il tema della giurisdizione non è stato mai portato all'esame del giudice di merito tramite eccezione o rilievo d'ufficio. Sulla distinzione fra «questione», «punto» e mero «tema» pregiudiziale, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29531, cit.

⁽⁴⁷⁾ Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 14546, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 33.

formarsi (oltre che a sèguito della statuizione emessa dalle sezioni unite della Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione o di ricorso ordinario per motivi attinenti alla giurisdizione) non soltanto per effetto di declaratoria espressa sulla giurisdizione data dal giudice di merito e non investita da specifica impugnazione (c.d. giudicato interno esplicito) ⁽⁴⁸⁾, ma pure a sèguito del passaggio in giudicato di una sentenza di merito che contenga il riconoscimento, sia pure implicito, della giurisdizione del giudice adìto.

Vero è, infatti, che le pronunce dei giudici ordinari di merito (come quelle dei giudici amministrativi) sulla sola giurisdizione non sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato in senso sostanziale e di spiegare, perciò, alcun effetto al di fuori del processo nel quale siano state rese (c.d. efficacia endoprocessuale), in quanto, secondo la costante giurisprudenza di legittimità ⁽⁴⁹⁾, quelle pronunce statuiscano soltanto sull'esistenza di un presupposto processuale (la giurisdizione, appunto) senza implicare alcun accertamento di merito, che possa far stato tra le stesse parti anche in un processo diverso; a differenza delle sentenze delle sezioni unite della Cassazione cui, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare, sul punto, decisioni dotate di efficacia esterna (c.d. efficacia panprocessuale).

Ma è altrettanto certo che sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato anche in tema di giurisdizione e di spiegare, perciò, i propri effetti anche in processi diversi da quello in cui sono state rese, le pronunce dei giudici ordinari di merito (o

⁽⁴⁸⁾ È ormai consolidato il principio secondo cui, qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito e la parte impugni solo sul merito, è precluso al giudice d'appello e alla Cassazione il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello, essendosi formato il giudicato interno esplicito sulla questione (v., tra le tante, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, cit.; Cass., 8 agosto 2003, n. 12002, cit.; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6229, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1171 s.). Sull'argomento, v. LAMORGESE, *op. cit.*, pp. 2-4.

⁽⁴⁹⁾ V., per tutte, Cass., sez. un., 28 giugno 2006, n. 14854, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Procedimento civile», n. 336; Cass., sez. un., (ord.) 19 dicembre 2005, n. 27899, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 37; Cass., sez. un., 10 agosto 2005, n. 16779, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 36.

dei giudici amministrativi), allorquando: a) le statuizioni, eventualmente implicite, sulla giurisdizione da esse risultanti si coniughino con statuizioni relative ai profili sostanziali del rapporto controverso ⁽⁵⁰⁾; b) la decisione sul merito sia divenuta definitiva ed irretrattabile; c) il giudizio coperto dal giudicato esterno anche sulla giurisdizione abbia per oggetto una causa identica, non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente a quella in cui sia stata affermata espressamente o implicitamente la giurisdizione ⁽⁵¹⁾.

La contemporanea pendenza di due giudizi di identico oggetto davanti a giudici appartenenti ad ordini diversi non elimina, infatti, l'incertezza circa la questione di giurisdizione, ma la rende maggiore; e la questione stessa può ritenersi superata solo qualora uno dei due giudizi dovesse concludersi con decisione di merito passata in giudicato, cui segue l'incontestabilità, con efficacia panprocessuale, della giurisdizione di provenienza dalla decisione medesima ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾.

È facile, a questo punto, cogliere la differenza fra le due situazioni processuali: la prima si caratterizza per il fatto che il giudicato implicito sulla giurisdizione si forma per effetto della mancata contestazione esplicita della questione pregiudiziale di rito nelle precedenti fasi di merito, quando non si è ancora verificato il passaggio in giudicato della sentenza di merito; la seconda, invece, ci dice sostanzialmente che il giudicato implicito sulla giurisdizione è la logica conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di merito o, il che è lo stesso, la formazione

⁽⁵⁰⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2007, n. 26620, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2269; Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 16462, ivi, 2006, p. 1918; Cass., sez. un., 27 gennaio 2005, n. 1621, ivi, 2005, p. 297.

⁽⁵¹⁾ Cass., 4 febbraio 2000, n. 1233, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 234; Cass., 29 gennaio 1999, n. 802, ivi, 1999, p. 200 s.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 605, ivi, 1999, p. 144; Cass., sez. un., 27 gennaio 1993, n. 1007, ivi, 1993, p. 141 s.

⁽⁵²⁾ Cass., sez. un., 12 marzo 2004, n. 5184, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 579 s.; Cass., 16 gennaio 2004, n. 630, ivi, 2004, p. 60 s.

⁽⁵³⁾ Così in motivazione Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29531, cit.

del giudicato implicito presuppone la previa formazione del giudicato esplicito, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato ⁽⁵⁴⁾.

Con riguardo alla prima fattispecie, anche a voler prescindere dall'approccio più radicale, secondo il quale la configurabilità di una decisione implicita in ordine ai presupposti processuali non dovrebbe neppure essere presa in considerazione, il punto è comunque che l'ipotetica decisione implicita *de qua* non può non lasciare adito a seri dubbi, in quanto discutibile sotto quattro distinti profili che depongono più in generale contro la stessa configurabilità di decisioni implicite ⁽⁵⁵⁾.

Il primo – e, a mio avviso, già di per sé decisivo – argomento in tal senso è rappresentato dal fatto che la decisione del giudice è quella che è, e non quella che sarebbe dovuta essere: se il giudice, dovendo pronunciarsi su un certo requisito, non lo fa, dire che sul punto egli ha emesso una decisione implicita, rappresenta, con ogni evidenza, nient'altro che una finzione; in realtà, l'unica cosa che può correttamente affermarsi è che egli non ha deciso affatto.

In altri termini, il requisito non esaminato rimane irrisolto, e non implicitamente deciso, ed esso, pertanto, potrà essere affrontato nelle successive fasi processuali, se ed in quanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo (laddove viceversa, nell'ottica delle decisioni implicite, anch'esso risulterebbe ormai immutabilmente fissato in conseguenza della emanata sentenza sul merito).

L'opinione contraria si basa sull'argomento logico per il quale, se il giudice si è pronunciato su un determinato punto, egli ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso che la preclusione derivante dal giudicato implicito non opera in mancanza del giudicato esplicito, Cass., 29 aprile 2004, n. 8204, cit.; Cass., sez. un., 29 aprile 2003, n. 6632, in *Rep Foro it.*, 2003, voce «Cosa giudicata civile», n. 39; Cass., 17 aprile 2003, n. 6169, ivi, 2003, voce «Cosa giudicata civile», n. 38; Cass., 6 novembre 2001, n. 13695, ivi, 2001, voce «Cosa giudicata civile», n. 18; Cass., 19 marzo 2001, n. 3929, ivi, 2001, voce «Cosa giudicata civile», n. 20; Cass., 11 febbraio 2000, n. 1512, ivi, 2000, voce «Cosa giudicata civile», n. 20.

⁽⁵⁵⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, pp. 118-120 e pp. 180-186.

Tale modo di ragionare sembra in effetti persuasivo. A ben riflettere, esso si rivela però arbitrario. Sul piano logico, infatti, che il giudice si sia espresso sulla questione a valle perché si è convinto in un certo senso su quella a monte, o perché ha trascurato la verifica di questa, sono ipotesi perfettamente equivalenti.

Per meglio chiarire e rafforzare quanto appena detto, riporto il ragionamento di un noto giurista ⁽⁵⁶⁾, secondo il quale la tesi del giudicato implicito nasconde in realtà una petizione di principio: ragionamento che può essere così schematicamente riassunto.

Se per affrontare l'esame di X ⁽⁵⁷⁾ devo aver detto che esiste Y ⁽⁵⁸⁾, e invece ho pronunciato su X tacendo di Y, il corretto approccio è infatti che, poiché non ho analizzato Y, nulla potevo predicare di X; non, viceversa, che, se ho esaminato X, implicitamente ho ritenuto l'esistenza di Y. L'analisi di X non doveva cioè aver luogo ed il fatto che essa sia avvenuta non può rappresentare il motivo in base al quale ritenere integrato il presupposto, alla cui presenza è condizionata la sua legittimità: se così viceversa dovesse ritenersi, si sancirebbe il paradosso per il quale la decisione in questione rappresenterebbe la sanatoria di se stessa.

Il secondo argomento contro la configurabilità di decisioni implicite riguarda il profilo della motivazione. La sentenza che, accogliendo la domanda, tacesse in ordine ai presupposti processuali in discorso, risulterebbe dunque anche in questo caso viziata: se non per carenza di decisione *tout court* sul punto, certo però per carenza di motivazione. Le decisioni implicite, infatti, quand'anche configurabili, sono necessariamente, ontologicamente, carenti di motivazione e come tali dunque viziate. Questo rappresenta evidentemente un assurdo, che non può non rivelare l'inammissibilità della categoria *de qua* ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ FORNACIARI, *op. cit.*, p. 183.

⁽⁵⁷⁾ «X» indica la domanda di tutela giurisdizionale.

⁽⁵⁸⁾ «Y» indica il requisito della giurisdizione.

⁽⁵⁹⁾ Per approfondimenti sul punto, v. *infra* n. 4.4.

Ma c'è di più. Ad una riflessione più attenta questa rileva un ulteriore aspetto di inaccettabilità, addirittura più grave di quello appena richiamato. Ipotizzata una decisione implicita, è infatti inevitabile conseguirne, se si vuole essere coerenti, che per evitare di perdere la questione è d'obbligo proporre impugnazione sul punto. Quella impugnazione, che la presenza del vizio, di cui si è detto, rende possibile, risulterebbe cioè allo stesso tempo anche necessaria, pena la formazione di una preclusione. In tal modo non è però chi non veda come la possibilità di sollevare, o rilevare, l'eccezione in ogni stato e grado verrebbe totalmente vanificata. E ciò, si badi bene, sistematicamente: per tutti i presupposti processuali, l'eccezione in ogni stato e grado risulterebbe inesorabilmente esclusa ⁽⁶⁰⁾.

Questa conseguenza, in particolare, appare inaccettabile: in tal modo, infatti, la possibilità di eccepire (o rilevare) il difetto dei presupposti processuali in ogni stato e grado del processo (normativamente prevista, come nel caso del difetto di giurisdizione, o sistematicamente desunta) verrebbe cancellata: poiché una decisione sull'oggetto di rito, o in quanto esplicitamente pronunciata, o in quanto implicita in ogni sentenza sul merito, sarebbe immancabile, e poiché a sèguito di tale decisione, come si è appena visto, non potrebbe farsi a meno dell'impugnazione, è evidente che la rilevabilità in ogni stato e grado non avrebbe mai spazio per operare ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾.

Il quarto argomento che depone contro la teoria del giudicato implicito è dato dal fatto che, ammettendo la configurabilità di decisioni implicite, scomparirebbe il vizio di omesso esame di questioni ⁽⁶³⁾: il giudice, per il fatto stesso di aver emesso una decisione, si sarebbe necessariamente pronunciato su tutto quello su cui aveva l'obbligo di decidere, per cui ogni possibile censura riguarderebbe necessariamente il merito di tale decisione.

⁽⁶⁰⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, pp. 118-120 e pp. 180-186.

⁽⁶¹⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, p. 125 ss. nota 257 in fine.

⁽⁶²⁾ Per approfondimenti sul punto, v. *infra* n. 1.6.

⁽⁶³⁾ Vizio che, si noti, rappresenta viceversa, nel concreto operare della Cassazione, il caso di più frequente applicazione dell'art. 360, comma 5°, c.p.c.: cfr. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, p. 241 ss.

Si arriverebbe così all'assurdo che una sentenza, nella quale il giudice si limitasse a riconoscere, o a negare, l'effetto dedotto in giudizio, tacendo del tutto in ordine ai fatti al riguardo rilevanti, dovrebbe essere ritenuta formalmente perfetta, in quanto su tali fatti, sui quali era pure necessario decidere, dovrebbe ritenersi formata una decisione implicita.

In realtà – questa la conclusione che si impone sulla base di tutte le considerazioni che precedono – è evidente che la soluzione è esattamente nel senso contrario: il mancato esame di una questione, che il giudice aveva l'obbligo di esaminare, non dà luogo ad alcuna decisione implicita, bensì ad un vizio della decisione ⁽⁶⁴⁾, ma anche a voler prescindere da questo tipo di vizio, comunque ad una non-pronuncia poiché il giudice neppure si pone il problema della sussistenza del presupposto processuale.

Con riguardo alla seconda fattispecie, invece, gli unici dubbi, fa notare la dottrina, riguardano l'utilità pratica dell'impiego della nozione di giudicato implicito, in quanto si potrebbe semplicemente ricondurre l'effetto in questione al noto principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, cioè non soltanto le questioni di fatto o di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa, restando salva ed impregiudicata soltanto la «sopravvenienza di fatti e situazioni nuove», verificatisi dopo la formazione del giudicato ⁽⁶⁵⁾ ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ FORNACIARI, *op. cit.*, p. 185 s. Perviene alla medesima conclusione TURRONI, *op. cit.*, p. 123 nota 37, secondo il quale «la mancata, esplicita soluzione di questione pregiudiziale attinente al processo non equivale a decisione implicita ma a omessa decisione». In senso contrario, LASAGNO, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 461 ss., secondo il quale il giudice, nel decidere sul merito, decide implicitamente qualunque questione pregiudiziale sin allora sollevata e non esplicitamente risolta.

⁽⁶⁵⁾ Si tratta di un principio ormai consolidato: v., *ex multis*, Cass., 3 agosto 2007, n. 17078, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 2; Cass., 4 novembre 2005, n. 21352, *ivi*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 22; Cons. Stato, 7 giugno 2005, n. 2920, *ivi*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 27; Cass., 21 giugno 2004, n. 11493, *ivi*, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n.

Il fatto che il mancato esame di un requisito, che viceversa avrebbe dovuto essere esaminato, perde rilievo a sèguito del passaggio in giudicato della sentenza di merito non dipende dalla circostanza che sul punto debba ritenersi essersi formata una decisione implicita, bensì dalla preclusione che il giudicato (o l'immutabilità) della sentenza reca con sé ⁽⁶⁷⁾ ⁽⁶⁸⁾.

Ciò perché l'autorità del giudicato, oltre ad investire ciò che forma l'oggetto e la causa giuridica del giudizio, si estende a tutte le questioni giuridiche dedotte e deducibili che della decisione finale costituiscono dei punti obbligati di passaggio,

26; Cass., 9 luglio 2004, n. 12739, ivi, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 27; Cass., 3 novembre 2004, n. 21069, ivi, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 50.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 1159 s.: «[...] nella corrente interpretazione giurisprudenziale all'espressione "giudicato implicito" si ricorre per designare quella particolare efficacia della cosa giudicata che copre sia il dedotto che il deducibile, non soltanto cioè le questioni espressamente fatte valere nel giudizio, in via di azione o di eccezione, ma anche quelle, in concreto non dedotte, costituenti tuttavia presupposto logico essenziale e indefettibile della decisione [...]». Fa giustamente notare VOLPINO, *op. cit.*, p. 344 s. nota 156, che parte della dottrina processualistica è solita ricondurre gli aspetti attinenti al c.d. giudicato implicito sui presupposti processuali nell'ambito della preclusione da dedotto e da deducibile, dalla quale, in passato, l'istituto era stato tenuto distinto, talvolta sulla scorta di rilievi non del tutto convincenti (sul criterio discrezionale tra il principio in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile ed il principio del giudicato implicito, cfr. NATOLI, *op. cit.*, p. 274 ss., il quale conclude il suo articolo affermando che «il principio del giudicato implicito riguarda le questioni pregiudiziali di rito, rilevabili su iniziativa di parte o anche d'ufficio, non inserite mediante eccezione in un precedente processo definito con sentenza di merito munita dell'autorità del giudicato. In base a tale principio, non può, quindi, la parte inserire, mediante eccezione, in un successivo processo una questione pregiudiziale di rito che la parte stessa aveva l'onere o, in quanto rilevabile d'ufficio, la facoltà di inserire, sempre mediante eccezione, in un precedente processo che sia stato definito con decisione sul merito dotata dell'efficacia del giudicato»).

⁽⁶⁷⁾ FORNACIARI, *op. cit.*, p. 183.

⁽⁶⁸⁾ Come giustamente rileva TURRONI, *op. cit.*, p. 126, «in questo ordine di idee il richiamo al giudicato implicito serve soltanto a escludere l'eventualità che quello esplicito sia vanificato da una successiva statuizione difforme sulla questione pregiudiziale. Il giudicato implicito si riduce allora a mera appendice di quello esplicito; non è in grado di assumere un rilievo autonomo e soprattutto non viene raccordato a una corrispondente decisione implicita idonea al giudicato. Peraltro, [...] il giudicato esplicito è autosufficiente e non occorre immaginarne uno implicito che lo affianchi».

Nello stesso senso, ZIINO, *op. cit.*, p. 1392 ss. In tal senso, in sostanza, anche ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1299 s.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 293 s.; CONSOLO, *Il riparto fra le giurisdizioni, l'anacronismo della "severità" ispiratrice dell'art. 37 c.p.c. sul rilievo officioso "in ogni grado" e il gatto del Cheshire*, cit., p. 1579; LANCELLOTTI, *op. cit.*, p. 477 ss.; ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, cit., p. 215; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 374 s.

rappresentandone il presupposto logico indispensabile ⁽⁶⁹⁾; con la conseguenza che, allorquando due giudizi tra le stesse parti abbiano per oggetto un medesimo negozio o rapporto giuridico e uno di essi sia stato definito con sentenza ormai divenuta irrevocabile, l'accertamento compiuto circa una situazione giuridica o la risoluzione di una questione di fatto o di diritto incidente su un punto decisivo comune ad entrambe le cause o costituenti indispensabile premessa logica della statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato, precludono il riesame del punto accettato e risolto, e ciò anche nel caso in cui il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo ed il *petitum* del primo ⁽⁷⁰⁾.

Corollario conclusivo dei principi evidenziati è che il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata, o meno, oggetto di esplicita declaratoria; sicché osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti riguardanti domande aventi titolo nel medesimo rapporto ⁽⁷¹⁾: anche perché il giudicato esterno ha la medesima autorità di quello interno, corrispondendo entrambi all'unica finalità rappresentata dall'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni.

In altre parole, la sentenza di merito passata in giudicato acquista autorità di giudicato esterno anche in punto di giurisdizione, determinandone l'incontestabilità

⁽⁶⁹⁾ In tal senso, Cass., 18 giugno 2007, n. 14055, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 14; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096, *ivi*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 21; Cass., 4 novembre 2005, n. 21352, *ivi*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 22; Cons. Stato, 7 giugno 2005, n. 2920, *cit.*

⁽⁷⁰⁾ Cass., 3 marzo 2004, n. 4352, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 3; Cass., 14 gennaio 2002, n. 349, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 55; Cass., 11 febbraio 2000, n. 1532, *ivi*, 2000, p. 304 s.; Cass., 28 novembre 1998, n. 12084, *ivi*, 1998, p. 2480; Cass., 13 novembre 1997, n. 11228, *ivi*, 1997, p. 2159.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2005, n. 1621, *cit.*

(c.d. efficacia panprocessuale) in un altro giudizio tra le stesse parti, che ha ad oggetto questioni identiche rispetto a quelle già esaminate e coperte dal giudicato ⁽⁷²⁾.

Ne deriva che la Cassazione, in questo modo, confonde il giudicato implicito con l'autorità di cosa giudicata materiale e, segnatamente, con quegli effetti positivi che sono indicati con il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Non si è formato, quindi, alcun giudicato autonomo sulla giurisdizione: è il giudicato materiale che impedisce di riproporre la questione di giurisdizione in altri processi. Se fosse consentito sollevare tali ragioni, il giudice sarebbe chiamato a giudicare più volte sullo stesso oggetto e sulla stessa domanda, anche se sotto profili diversi, e sarebbe violato l'art. 2909 c.c., che attribuisce immutabilità all'accertamento contenuto nella sentenza passata in cosa giudicata.

Ne consegue che, se la decisione sul merito è passata in giudicato, parlare di giudicato implicito non soltanto è superfluo, ma è foriero di confusione: non ha alcuna utilità chiedersi se la risoluzione delle questioni non sollevate nel processo è implicita nella decisione; piuttosto, occorre prendere atto che dopo il passaggio in giudicato della sentenza, che racchiude la pronuncia sulla lite, non è consentito sollevare alcuna difesa che possa infirmare l'accertamento giurisdizionale ⁽⁷³⁾.

Dopo essermi a lungo soffermato sulla differenza fra le due situazioni processuali in esame, è giunto il momento di fare il *punctum quaestionis* alla luce delle riflessioni esposte.

Con riguardo alla seconda fattispecie, ritengo che se, da un lato, si può convenire o meno sull'utilità pratica di ricondurre l'effetto della preclusione alla categoria dogmatica del giudicato implicito oppure più semplicemente al principio

⁽⁷²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26620, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Cosa giudicata civile», n. 11; Cass., sez. un., 27 gennaio 2005, n. 1621, cit.; Cass., sez. un., 12 marzo 2004, n. 5184, cit.; Cass., sez. un., 1° ottobre 2002, n. 14080, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1752; Cass., sez. un., 1° settembre 1999, n. 605, cit.; Cass., sez. un., 27 gennaio 1993, n. 1007, cit.

⁽⁷³⁾ Così, ZIINO, *op. cit.*, p. 1396 s. Anche ODORISIO, *op. cit.*, p. 504, osserva giustamente come, in questa accezione, la nozione di giudicato implicito sia del tutto inutile oltre che imprecisa.

secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, dall'altro lato, si deve prendere atto che il dibattito dottrinale in materia non ha un'incidenza rilevante sul piano degli effetti pratici, in quanto il giudicato implicito, così inteso, è privo di apprezzabile rilevanza e utilità. Infatti, non riveste importanza il fatto che la decisione implicita sulla questione processuale sia passata in giudicato, quando si è già statuito sul merito o su una parte di esso: in altre parole, la conoscenza della questione processuale non è preclusa perché implicitamente giudicata, quanto perché è la questione di merito a non essere più controvertibile. In questi casi, la preclusione della questione processuale non si forma come conseguenza del passaggio in giudicato di una statuizione inespressa, bensì in ragione della formazione della cosa giudicata su una statuizione esplicita di merito, che assorbe tutti i problemi relativi alla regolare instaurazione del rapporto processuale: se una decisione di merito è stata adottata, con efficacia di giudicato, da un giudice, non si vuole che essa possa essere messa in discussione dinanzi ad un altro giudice ⁽⁷⁴⁾. Detto altrimenti, se già si è pronunciato nel merito con efficacia incontrovertibile, non ha senso riproporre la verifica di un presupposto processuale. È quanto meno dubbio, allora, che in tali casi possa farsi riferimento, con qualche utilità pratica, alla nozione del giudicato implicito: essa infatti non aggiunge nulla a quanto già discende dalla coerente applicazione dei principi sugli effetti positivi del giudicato sostanziale ⁽⁷⁵⁾.

Invece, con riguardo alla prima fattispecie, e cioè alla vicenda che ha dato origine alla decisione esaminata, anche a voler prescindere dalle considerazioni suesposte, si rileva una contraddizione nella stessa Cassazione, la quale, più volte, ha affermato che il giudicato implicito presuppone il passaggio in giudicato (esplicito) della decisione sul merito. In altri termini, ove il giudice decida esplicitamente su una

⁽⁷⁴⁾ In questo senso, v. TURRONI, *op. cit.*, pp. 218-221; CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 374 s.: le questioni processuali, come quelle sostanziali deducibili e non dedotte, non possono più essere discusse non già perché implicitamente e definitivamente decise, quanto perché inammissibilmente rivolte ad ottenere il disconoscimento del bene della vita ormai riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato.

⁽⁷⁵⁾ Così ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1299 s. e, per i riferimenti bibliografici, v. nel testo nota 68.

questione, risolvendone in modo implicito un'altra, rispetto alla quale la prima si ponga in rapporto di dipendenza, e la decisione venga impugnata sulla questione risolta espressamente, non è possibile sostenere che sulla questione risolta implicitamente si sia formato un giudicato implicito, in quanto l'impugnazione sulla questione dipendente preclude la formazione di tale giudicato, perché il giudicato implicito suppone il passaggio in giudicato della decisione sulla questione dipendente espressamente decisa ⁽⁷⁶⁾. Questo significa, proseguendo nel ragionamento, che la sentenza sul merito del giudice ordinario passata in giudicato formale costituisce anche decisione implicita affermativa della giurisdizione, idonea ad acquistare autorità di giudicato sul punto relativo alla giurisdizione. Quando, invece, l'impugnazione abbia investito la decisione in modo tale da impedire la formazione di ogni giudicato esplicito sul merito, viene meno il presupposto perché possa dirsi formato un giudicato implicito ⁽⁷⁷⁾. Pertanto, l'impugnazione nel merito della sentenza impedisce il giudicato anche sulle questioni di rito o relative alle condizioni dell'azione non espressamente trattate, anche se non riproposte nell'impugnazione, atteso che per aversi giudicato implicito occorre una pronuncia contenente un giudicato esplicito che, nella fattispecie esaminata, manca del tutto ⁽⁷⁸⁾.

Nel caso di specie, infatti, ragionando in questi termini, non si è formato alcun giudicato implicito sulla giurisdizione: questo è predicabile, come appena detto, solo nel caso in cui la sentenza del giudice ordinario che abbia pronunciato nel merito

⁽⁷⁶⁾ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, cit.; Cass. 31 marzo 2006, n. 7667, cit.; Cass., 7 novembre 2005, n. 21490, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 5. In senso conforme, Cass., 27 maggio 2005, n. 11318, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 10; Cass., sez. un., 27 gennaio 2005, n. 1621, ivi, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 28; Cass., 29 aprile 2004, n. 8204, cit.; Cass., 11 aprile 2002, n. 5141, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Procedimento civile», n. 147; Cass., 6 novembre 2001, n. 13695, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1862 s.; Cass., 12 giugno 2001, n. 7879, ivi, 2001, p. 1174 s.

⁽⁷⁷⁾ Cass., 29 aprile 2004, n. 8204, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Cosa giudicata civile», n. 22.

⁽⁷⁸⁾ Così NICOLETTI, *op. cit.*, p. 141 s., il quale segnala, *ex multis*, Cass., 8 marzo 1999, n. 1981, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 521; Cass., 11 febbraio 2000, n. 1512, ivi, 2000, p. 299; Cass., 13 marzo 2000, n. 2868, ivi, 2000, p. 569 s.; Cass., 12 giugno 2001, n. 7879, cit.

È di diverso avviso, invece, la recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 842 ss.), sulla quale mi soffermerò nel corso del terzo capitolo.

della causa con implicito riconoscimento della giurisdizione, sia passata in giudicato. Come si è visto, invece, la sentenza di primo grado è stata impugnata davanti alla Corte d'appello territorialmente competente, e quest'ultima davanti alla Cassazione, né risulta che il giudice di primo grado si sia pronunciato espressamente sulla giurisdizione senza che il relativo capo della decisione fosse oggetto di appello, nel qual caso sulla giurisdizione si sarebbe formato il giudicato interno esplicito.

A conclusione di queste riflessioni, mi preme far notare che l'uso promiscuo che il giudice di legittimità fa della categoria dogmatica del giudicato implicito – infatti impiega tale categoria in riferimento a due situazioni processuali obiettivamente differenti: per un verso con riguardo all'impossibilità di eccepire il difetto di giurisdizione per la prima volta in sede di legittimità, una volta che si sia avuta una decisione sul merito non impugnata sulla questione pregiudiziale di rito; per altro verso con riguardo alla preclusione, ad opera del giudicato, delle questioni deducibili, ma non dedotte – rischia di ingenerare una commistione concettuale alquanto discutibile, che va, per le ragioni esposte, accuratamente evitata ⁽⁷⁹⁾.

Pertanto, il concetto del giudicato implicito deve, almeno con riguardo alle questioni processuali, essere ridimensionato e contenuto in limiti assai ristretti ⁽⁸⁰⁾.

In particolare, nessun onere di contrastare la decisione implicita è configurabile in capo alla parte soccombente, per modo che la decisione implicita non può mai passare in giudicato autonomamente e per sé sola in séguito alla mancata impugnazione della stessa. La soluzione contraria è legislativamente impedita ora dal potere di conoscere d'ufficio la questione processuale, ora dall'inesistenza del processo in difetto del presupposto processuale ⁽⁸¹⁾.

La decisione implicita sul presupposto processuale può invece restare immodificabile in conseguenza del passaggio in giudicato di una decisione esplicita

⁽⁷⁹⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, p. 181 nota 387.

⁽⁸⁰⁾ Così ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1300.

⁽⁸¹⁾ Ciò nonostante, la recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.) sembra non tenere conto di tutti questi aspetti.

sul merito: in questo senso è plausibile l'affermazione giurisprudenziale a tenore della quale la formazione del giudicato implicito presuppone la previa formazione del giudicato esplicito. Così inteso, però, il concetto, come già rilevato, è privo di apprezzabile rilevanza e utilità.

In altri termini, secondo lo schema «omessa impugnazione della decisione implicita-passaggio in giudicato autonomo della stessa», il giudicato processuale implicito è categoria dogmatica illegittima perché priva di riscontro positivo (cioè normativamente impossibile ⁽⁸²⁾); secondo lo schema «formazione del giudicato sul merito-passaggio in giudicato dell'implicita affermazione sulla proponibilità dell'azione», il giudicato processuale implicito è modo di descrizione di un effetto preclusivo, forse normativamente possibile ma talora fuorviante, che nulla aggiunge a quanto già discende dalla coerente applicazione degli effetti positivi del giudicato sostanziale ⁽⁸³⁾.

1.6. Ulteriori rilievi critici alla teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione.

La soluzione prospettata dalle sezioni unite presta il fianco, oltre che alle considerazioni e riflessioni di cui al paragrafo precedente, ad ulteriori rilievi critici che depongono, più in generale, contro la teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione.

a) Innanzitutto, viene fatto osservare che la presenza di una decisione implicita sulla giurisdizione, e più in generale sull'ammissibilità della domanda, contrasta con l'esistenza di questioni pregiudiziali di rito rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Un simile regime di rilevabilità non avrebbe alcun senso se si dovesse concludere che tutte le questioni pregiudiziali di rito sono decise – implicitamente – con la sentenza sul merito; perché in tal senso il riesame della

⁽⁸²⁾ Per approfondimenti sul punto, v. *infra* n. 1.6.

⁽⁸³⁾ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1300 s.

questione non si attuerebbe mai con il rilievo d'ufficio, ma sempre con l'impugnazione ⁽⁸⁴⁾.

Inoltre non varrebbe addurre l'esigenza di stabilità della sentenza sul merito per giustificare l'esistenza di una decisione implicita. Sarebbe solo frutto di equivoco sostenere che il giudicato sul merito si regga in virtù di un accertamento sulla ritualità della domanda anch'esso divenuto incontestabile. È infatti intuitivo che la stabilità della sentenza di merito è garantita dal suo passaggio in giudicato e null'altro serve allo scopo; tanto meno serve immaginare il contestuale passaggio in giudicato di una (inesistente) decisione sull'ammissibilità della domanda ⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾.

Ipotizzata una decisione implicita, quindi, è necessario, secondo la recente giurisprudenza di legittimità ⁽⁸⁷⁾, al fine di tenere viva la questione, proporre impugnazione sul punto, pena la formazione di una preclusione. In tal modo, però, la possibilità di sollevare, o rilevare, l'eccezione in ogni stato e grado verrebbe totalmente vanificata. E ciò, si badi bene, sistematicamente: per tutti i presupposti processuali, l'eccezione in ogni stato e grado risulterebbe inesorabilmente esclusa ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁴⁾ A questo riguardo, TURRONI, *op. cit.*, p. 169 nota 21, rileva che «il giudice non ha il generico dovere di controllare l'ammissibilità della domanda, ma ha il più circoscritto dovere di pronunciare sulle questioni pregiudiziali di rito formalmente sollevate (ancor più esattamente: sui temi pregiudiziali di rito assurti a questione): in mancanza, il giudice non ha alcun dovere di pronunciare. Ciò spiega, in una volta, perché le questioni pregiudiziali di rito vanno sempre decise in maniera esplicita; perché su queste decisioni scende il giudicato formale; perché i restanti temi pregiudiziali di rito, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado, rimangono tali e quindi possono essere ancora rilevati dal giudice del grado superiore». L'a. non ravvisa pertanto nella sentenza di merito emessa in primo grado un impedimento all'esame delle questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; il che, ci sembra, significa escludere che tale sentenza valga implicitamente ad accertare l'ammissibilità della domanda.

⁽⁸⁵⁾ In questo senso, v. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 245, il quale evidenzia che prospettare un giudicato implicito sulle questioni non dedotte non serve a spiegare perché la decisione sul merito della lite passata in giudicato sia incontrovertibile.

⁽⁸⁶⁾ Così TURRONI, *op. cit.*, pp. 168-170.

⁽⁸⁷⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

⁽⁸⁸⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, pp. 118-120 e 180-186.

Ebbene, questa conseguenza appare inaccettabile: in tal modo, infatti, la possibilità di eccepire (o rilevare) il difetto dei presupposti processuali in ogni stato e grado del processo (normativamente prevista, come nel caso del difetto di giurisdizione, o sistematicamente desunta) verrebbe di fatto cancellata o, comunque, non avrebbe mai spazio per operare ⁽⁸⁹⁾.

Si deve ritenere pertanto che, se la questione sulla giurisdizione non è stata introdotta nel processo come oggetto della materia del contendere e, quindi, il giudice di primo grado non ha svolto indagini sul punto, né affrontato la questione della giurisdizione, quest'ultima debba essere risolta come le questioni pregiudiziali di rito rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado, nel senso che la «rilevabilità d'ufficio sussiste anche nei gradi di giudizio successivi al primo e, quindi, anche in sede di legittimità, salvo che sulla questione non si sia formato il giudicato interno espresso, non essendo sufficiente ad impedire la rilevabilità d'ufficio, per effetto della formazione di giudicato implicito, la decisione nel merito, restando in tal caso la formazione del giudicato sulla pregiudiziale impedita dall'impugnazione del capo della sentenza relativa al merito» ⁽⁹⁰⁾.

A conferma di questa tesi, si segnala una consolidata giurisprudenza, meno recente, secondo la quale, sebbene la parte non abbia eccepito ed il giudice non abbia

⁽⁸⁹⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, p. 125 ss. nota 257 in fine.

⁽⁹⁰⁾ V. Cass., 27 maggio 2005, n. 11318, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 10; Cass., 29 dicembre 2004, n. 24103, *ivi*, 2004, voce «Previdenza sociale», n. 1281; Cass., 17 aprile 2003, n. 6169, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 843 s.; Cass., 19 marzo 2001, n. 3929, *ivi*, 2001, p. 522 s.

In dottrina, cfr. R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 16, secondo il quale «non vi è spazio per un rilievo d'ufficio di questioni sorte o comunque rilevabili nelle pregresse fasi e non rilevate, con l'eccezione delle sole questioni di rito c.d. rilevabili in ogni stato e grado del processo, ove non coperte dal giudicato interno esplicito» (per un più ampio discorso in ordine alla rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado delle questioni giuridiche, rinvio a R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, pp. 363 ss. e 367 ss.); PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 255, secondo il quale «[...] è da rilevare che il sistema delle impugnazioni, ed in specie dei motivi specifici di appello e del procedimento d'appello in genere, dovrebbe ridurre al minimo (se non addirittura escludere del tutto) che la Corte di cassazione possa d'ufficio rilevare una questione di diritto nuova (cioè non prospettata dalle parti o dal giudice nei precedenti gradi di giudizio)».

rilevato d'ufficio il difetto di giurisdizione nei gradi di merito, la parte può proporre l'eccezione per la prima volta nel giudizio di legittimità, così come la questione di giurisdizione può essere rilevata d'ufficio dalla Cassazione ⁽⁹¹⁾. Si attribuisce, quindi, alla fase di cassazione il valore di ultimo momento utile offerto alle parti o al giudice per rilevare eventuali impedimenti processuali ⁽⁹²⁾ ⁽⁹³⁾. La spiegazione immediata di ciò è offerta dal rilievo che, finché vi sia una controversia pendente sul merito, ciascuna parte può sempre eccepire il difetto di giurisdizione del giudice e, quindi, anche per la prima volta in cassazione, la quale può (e deve) verificare d'ufficio la ricorrenza di tutte le condizioni (o i presupposti) processuali da cui dipende l'esistenza del potere giurisdizionale di decidere sul merito ⁽⁹⁴⁾. Naturalmente tale conclusione è esclusa solo dall'esistenza di un giudicato esplicito sul merito ⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾.

In altri termini, per il solo fatto che il processo continui dinanzi al giudice dell'impugnazione, il principio della conoscibilità officiosa della regolarità del rapporto processuale anche nei gradi di giudizio successivi al primo impedisce la formazione del giudicato ⁽⁹⁷⁾ ⁽⁹⁸⁾.

Alla luce delle ragioni esposte, appare inaccettabile la *ratio decidendi* a tenore della quale «il principio della rilevabilità officiosa del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo va coordinato con il sistema delle impugnazioni ed opera

⁽⁹¹⁾ V., tra le tante, Cass., sez. un., 17 dicembre 1998, n. 12618, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2594 s.

⁽⁹²⁾ Così FAZZALARI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960, p. 171, secondo il quale: «la suprema Corte costituisce l'«ultima Thule» per le doglianze di parte e per i rilievi d'ufficio», salvo naturalmente il formarsi del giudicato interno esplicito.

⁽⁹³⁾ Per approfondimenti sul rapporto tra giudicato implicito e giudizio di rinvio, v. ODORISIO, *op. cit.*, p. 507 ss.

⁽⁹⁴⁾ In tal senso, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 144.

⁽⁹⁵⁾ Nello stesso senso, ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1295, il quale sostiene che alla rilevabilità officiosa è di ostacolo soltanto il giudicato esplicito.

⁽⁹⁶⁾ LAMORGESE, *op. cit.*, p. 7.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cass., 25 gennaio 1978, n. 339, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 132 ss.: «Il giudicato implicito sulla proponibilità dell'azione non può considerarsi formato quando la sentenza che ha deciso nel merito [...] sia stata impugnata solo nel merito, poiché tale impugnazione ha impedito che si formasse il giudicato esplicito, presupposto necessario del giudicato implicito».

⁽⁹⁸⁾ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1299.

ogni qualvolta sulla giurisdizione non sia intervenuta una statuizione anteriore, mentre, ove questa vi sia stata, anche se implicitamente, i giudici delle successive fasi possono conoscere della questione [...] solo se ed in quanto essa sia stata riproposta con l'impugnazione»⁽⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁾.

b) Ad una riflessione più attenta, si rileva un ulteriore aspetto che depone contro l'onere di proporre impugnazione, pena la formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione.

Come ostacolo alla possibilità di ravvisare una decisione implicita affermativa della giurisdizione nella sentenza che decida sul merito, si adduce la circostanza che la relativa questione non è stata mai introdotta nel processo come oggetto della materia del contendere: ciò distinguerebbe questo caso dagli altri ⁽¹⁰¹⁾ e sarebbe sufficiente ad escludere la possibilità di onerare la parte dell'impugnazione della sentenza sul capo concernente la decisione implicita sulla giurisdizione ⁽¹⁰²⁾. In altri termini, se decisione sul rito non c'è, una impugnazione, al riguardo, non può neppure configurarsi, mancandone l'oggetto. La premessa in discorso si spiega considerando che il nostro ordinamento è ispirato alla tesi chiovendiana secondo cui gli antecedenti logici della decisione finale (c.d. punti pregiudiziali) sono suscettibili di diventare questioni pregiudiziali solo se controversi e ciò presuppone che siano stati, dalle parti

⁽⁹⁹⁾ Cass., sez. un., 18 dicembre 1998, n. 12699, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2614; di recente, v. Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ Così ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1300.

⁽¹⁰¹⁾ È diverso, infatti, il caso in cui il giudice di prime cure statuisca sul fondamento della domanda dopo aver disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione senza farne menzione nel dispositivo. In tal caso, poiché la questione di giurisdizione è stata sollevata, nella sentenza di primo grado va ravvisata un'esplicita pronuncia affermativa della giurisdizione indipendentemente dalla sua mancata formulazione nel dispositivo, di tal che, qualora l'appello avverso detta sentenza sia rivolto a conseguire soltanto un riesame nel merito, sia pure con ampia richiesta di riforma in ogni sua parte della sentenza stessa, senza una specifica riproposizione della questione di giurisdizione, su tale questione si forma il giudicato, con conseguente inammissibilità del motivo del ricorso per cassazione che sia diretto a sollevarla (Cass., sez. un., 27 aprile 2005, n. 8692, cit.).

⁽¹⁰²⁾ TURRONI, *op. cit.*, p. 129, afferma che «il solo mezzo per verificare se il giudice, decidendo nel merito, abbia davvero esaminato e deciso la questione di rito è il testo della sentenza, segnatamente la sua motivazione. Se lì la questione non è espressamente affrontata e decisa, non vi è alcuna garanzia che il giudice se ne sia davvero fatto carico e non l'abbia semplicemente ignorata o dimenticata».

o dal giudice, formalmente introdotti nel processo come tema della discussione, in mancanza potrebbero essere oggetto, al più, di mera cognizione incidentale priva di una decisorietà con rilevanza esterna ⁽¹⁰³⁾ ⁽¹⁰⁴⁾.

Nessuna preclusione, pertanto, ritengo che possa sussistere alla proponibilità dell'eccezione (o alla rilevabilità d'ufficio) del difetto di giurisdizione per la prima volta in cassazione, a meno che non si ravvisi un giudicato esplicito sul merito.

c) La Cassazione ammette la decisione implicita sulla giurisdizione adducendo la necessità che il giudice rispetti un ordine di decisione rito/merito tale per cui, prima di decidere il merito, siano decise – negativamente – tutte le questioni pregiudiziali di rito.

In effetti, l'ordine di decisione rito/merito va rispettato, ma è proprio questa esigenza a impedire che le pregiudiziali di rito possano ritenersi decise in modo implicito.

La funzione dell'ordine di decisione rito/merito è essenzialmente di garanzia: garantire il rispetto dei requisiti processuali per la pronuncia sul merito, per impedire che, in presenza di uno di questi impedimenti, il giudice eserciti sino in fondo la funzione giurisdizionale e pronunci sulla fondatezza della domanda.

Se, invece, si invoca la sequenza rito/merito per sostenere che la sentenza di merito contiene senz'altro la soluzione delle questioni pregiudiziali attinenti al processo, la *ratio* sottesa a quest'ordine di precedenza viene non solo fraintesa ma completamente frustrata ⁽¹⁰⁵⁾; e la priorità del rito sul merito diventa soltanto un criterio per determinare i contenuti della sentenza.

È infatti evidente che, in quest'ottica, il giudice viene letteralmente esonerato dal dovere di assumere qualsivoglia decisione sulla questione pregiudiziale di rito; e il

⁽¹⁰³⁾ Nel senso che non vi sarebbe, in tal caso, un capo decisorio a cui applicare l'art. 329, comma 2°, c.p.c., CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 1579.

⁽¹⁰⁴⁾ LAMORGESE, *op. cit.*, p. 20.

⁽¹⁰⁵⁾ In questo ordine di idee, v. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 175, benché la sua critica sia specificamente rivolta contro la decisione implicita su questioni pregiudiziali di rito rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

problema dell'ordine di decisione rito/merito, da problema di garanzie, degrada a semplice questione logico-formale, di cui sarebbero le parti a pagare le conseguenze.

Ammettere la decisione implicita della questione pregiudiziale di rito significa, quindi, degradare l'ordine di decisione rito/merito a fenomeno virtuale, del tutto scollato dalla *ratio* di garanzia che dovrebbe esservi sottesa (¹⁰⁶).

d) Per quanto concerne, in particolare, il principio della ragionevole durata del processo, riconosciuto come diritto dall'art. 6 cedu ed espressamente sancito dall'art. 111, comma 2°, cost., è noto che tale principio non è fine a se stesso, ma deve coordinarsi e armonizzarsi con gli altri principi processuali costituzionali, e quindi con il modello costituzionale del giusto processo.

Ciò significa, in altri termini, che la garanzia della ragionevole durata del processo deve fungere da parametro di costituzionalità delle norme processuali, in quanto oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti costituzionalmente tutelato, a condizione, però, che l'opera ermeneutica del dato normativo si accompagni alla consapevolezza che, sempre a norma dell'art. 111 cost., il processo deve essere anche «giusto», cioè tendere alla giusta composizione della controversia, per cui l'osservanza della ragionevole durata del procedimento non può mai andare a detrimento della realizzazione del diritto sostanziale, e quindi della tutela richiesta (¹⁰⁷).

Ragionando in questi termini, si giunge alla seguente conclusione.

Se, da un lato, è vero che l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in sede di legittimità mette in pericolo i vantaggi conseguiti dalle parti nelle precedenti fasi di merito, e in ogni caso l'intera attività processuale già svolta,

(¹⁰⁶) TURRONI, *op. cit.*, p. 128 s., secondo il quale è facile constatare che la soluzione offerta dalla Cassazione si risolve in un aggravamento degli oneri a carico delle parti. Di fronte ad una decisione di merito, la parte, se non vuole precludersi il futuro accoglimento della pregiudiziale di rito, dovrà sempre impugnare il rigetto implicito. Per approfondimenti su quest'ultimo punto, si rinvia alla lett. a) di questo stesso paragrafo.

(¹⁰⁷) CORSETTI, *Il processo previdenziale – Principio di non contestazione e poteri del giudice. Effetti nel processo in appello*, in www.giustizia.lazio.it, p. 14 s.

dall'altro lato, è altrettanto vero che, se quella eccezione non è preclusa dalla legge, e non lo è ai sensi dell'art. 37 c.p.c., li mette in pericolo legittimamente, anche perché è in gioco quel bene della vita che consiste nella certezza che sulla situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio si pronunci il giudice naturale precostituito per legge (art. 25 cost.).

La tutela sostanziale cui la parte può concretamente aspirare, infatti, è diversa a seconda di quale sia il giudice (ordinario o speciale) individuato come competente ⁽¹⁰⁸⁾.

Il tutto a favore dell'effettività della tutela processuale e della giustezza dell'esito sostanziale del processo, in quanto il giusto processo tende ad individuare le ragioni e il torto delle parti e non a chiudersi sulla base di preclusioni processuali, come quella in esame, peraltro tutta da dimostrare, finalizzata esclusivamente a tutelare il principio della ragionevole durata e quello correlato dell'economicità del giudizio.

Per effetto domino, cade quindi anche l'osservazione secondo la quale la rilevabilità, d'ufficio o su istanza di parte, per la prima volta in sede di legittimità del difetto di giurisdizione integrerebbe un'ipotesi di abuso del processo ⁽¹⁰⁹⁾, in quanto tale rilevabilità non dà luogo ad alcuna distorsione dell'impiego dello strumento processuale dell'eccezione del difetto di giurisdizione per usi diversi da quelli normativamente e istituzionalmente previsti. Se si considera che il giusto processo ha direttamente a che fare con la giustizia del suo risultato, allora «occorre anche che il processo si svolga in modo tale da tendere ad una decisione giusta oltre che sollecita»

⁽¹⁰⁸⁾ LAMORGESE, *op. cit.*, p. 12.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul problema dell'abuso del processo civile, v. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 142 ss.; DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, *ivi*, 2007, pp. 193-198; CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, *ivi*, 2005, pp. 249-280.

(¹¹⁰), e ancora prima che il processo si svolga dinanzi al giudice naturale precostituito per legge, munito del potere di *ius dicere* in relazione alla tutela sostanziale richiesta.

Quanto detto deve far riflettere sulla circostanza che l'urgenza della decisione non è il solo parametro costituzionale di applicazione delle norme processuali, tant'è che anche la legge nata per risarcire dalla durata irragionevole del processo tiene conto di ciò (c.d. legge Pinto) (¹¹¹).

e) Per quanto riguarda la disciplina generale della conversione dei vizi di nullità in motivi di impugnazione, e quindi l'applicabilità dell'art. 161 c.p.c., si fa notare che la stessa Cassazione, in una precedente sentenza (¹¹²), afferma che la regola dettata dall'art. 161, comma 1°, c.p.c. non ha carattere assoluto, ma può subire una deroga quando il vizio integra, per espressa previsione di legge o per quanto desumibile in via interpretativa, una nullità insanabile, come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo: è il caso del difetto di giurisdizione (¹¹³).

In tale ipotesi si deve ritenere che l'impugnazione possa acquistare efficacia preterintenzionale (¹¹⁴), dovendo ammettersi la persistenza del potere del giudice dell'impugnazione di riesaminare d'ufficio le nullità verificatesi nel precedente grado di giudizio e non espressamente risolte nella sentenza impugnata, anche indipendentemente da una circostanziata deduzione della parte.

Per converso, laddove sia intervenuta una pronuncia esplicita sulla questione, quest'ultima esaurisce la possibilità del rilievo officioso, assoggettando quel vizio alla

(¹¹⁰) PIVETTI-NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in www.magistraturademocratica.it, 2005.

(¹¹¹) CORSETTI, *op. cit.*, p. 15.

(¹¹²) Cass., 15 febbraio 2007, n. 3607, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 342 s.

(¹¹³) In giurisprudenza, la rilevabilità *ex officio* del difetto di giurisdizione è ammessa da Cass., sez. un., 14 aprile 2003, n. 5903, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Giurisdizione civile», n. 188; Cass., sez. un., 8 agosto 2001, n. 10961, *ivi*, 2001, voce «Giurisdizione civile», n. 168; Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 34, *cit.*

(¹¹⁴) Così LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 570; ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 16.

disciplina dell'art. 161, comma 1°, c.p.c. che postula la prospettazione di uno specifico motivo di impugnazione perché il giudice superiore possa conoscerne.

Diversamente, la sentenza acquisisce sul punto la stabilità del giudicato interno che preclude definitivamente il riesame della questione nell'ulteriore corso del giudizio ⁽¹¹⁵⁾.

f) Non è convincente, a mio avviso, neppure l'argomentazione secondo la quale l'interpretazione «restrittiva e residuale» dell'art. 37 c.p.c. troverebbe la propria legittimazione in relazione all'art. 38 c.p.c., che fissa un termine perentorio «non oltre l'udienza di cui all'articolo 183» per il rilievo d'ufficio dell'incompetenza per materia, per valore e per territorio inderogabile, a dimostrazione, secondo la Cassazione, che «i criteri di ripartizione della competenza, anche quando siano dettati da ragioni di ordine pubblico, devono essere conciliati con le esigenze di celerità del processo» ⁽¹¹⁶⁾.

La Corte aggiunge che il principio della *translatio iudicii*, introdotto prima dalle sezioni unite della Cassazione ⁽¹¹⁷⁾ e dalla Corte costituzionale ⁽¹¹⁸⁾, ora dall'art. 59 l. n. 69 del 2009, ha accelerato il processo di forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza ⁽¹¹⁹⁾.

Rispetto a questa argomentazione viene fatto osservare, in primo luogo, che se davvero l'avvento del principio costituzionale della ragionevole durata comportasse l'esigenza di espungere la parola «grado» dal testo di una norma vigente, in quanto divenuta «manifestamente (?) irragionevole» in relazione alla disciplina dell'incompetenza, del giudicato esplicito sulla giurisdizione e della disponibilità (con connessa *translatio*) della giurisdizione, il compito di rendere «ragionevole» l'art. 37

⁽¹¹⁵⁾ ADORNO, *op. cit.*, p. 844 s.

⁽¹¹⁶⁾ L'art. 38 c.p.c., recentemente sostituito dall'art. 45 l. 18 giugno 2009, n. 69, dispone altresì che l'eccezione di incompetenza per materia, per valore e per territorio deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata.

⁽¹¹⁷⁾ Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 398 s.

⁽¹¹⁸⁾ Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, cit.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. LAMORGESE, *op. cit.*, p. 25.

c.p.c., eliminando la parola «grado», non spetterebbe alle sezioni unite della Cassazione, ma soltanto alla Corte costituzionale.

In altre parole, l'interpretazione costituzionalmente orientata si risolverebbe in un'invasione dei campi che l'ordinamento riserva al legislatore ed alla Corte costituzionale ⁽¹²⁰⁾.

In secondo luogo, viene fatto osservare quanto segue. La Cassazione sostiene che si deve propendere per un'interpretazione restrittiva dell'art. 37 c.p.c. per ragioni di coerenza del sistema e di lettura adeguatrice della norma alle innovazioni costituzionali, e in particolare perché le esigenze di economia processuale impongono la verifica immediata della *potestas iudicandi* entro termini rigorosi. Quindi, non si spiega una radicale diversità di disciplina rispetto all'art. 38 c.p.c. A mio avviso, invece, se il legislatore del 2009 ha modificato l'art. 38 c.p.c., senza intervenire anche sull'art. 37 c.p.c., significa che ha inteso mantenere una differente disciplina. Coerenza vuole, quindi, che la questione di giurisdizione, a differenza della questione di competenza, possa essere sollevata o rilevata per la prima volta in sede di legittimità.

g) In conclusione, una considerazione molto semplice che depone contro la tesi giurisprudenziale secondo la quale la pronuncia di merito presuppone, come antecedente logico giuridico, la positiva affermazione, ancorché implicita, della giurisdizione, avendo ad oggetto un accertamento subordinato rispetto al quesito pregiudiziale relativo all'esistenza della *potestas iudicandi* del giudice adito.

Il giudizio di merito non presuppone necessariamente un giudizio implicito sulla giurisdizione o, il che è lo stesso, il giudice che si pronuncia sul merito della causa può anche non aver verificato affatto il presupposto della giurisdizione, per la semplice ragione, ad esempio, che le parti ed il giudice potrebbero non aver pensato al difetto di giurisdizione ⁽¹²¹⁾. Di qui un motivo di perplessità in più sulla già

⁽¹²⁰⁾ Così VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 3 e 9.

⁽¹²¹⁾ V. nota 102.

discutibile soluzione prospettata dalle sezioni unite e, più in generale, sulla teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione.

1.7. I casi in cui il principio del giudicato implicito non si estende alla giurisdizione e ad altre questioni pregiudiziali di rito.

Non resta ora che individuare i casi in cui il principio del giudicato implicito non si estende alla giurisdizione e ad altre questioni pregiudiziali di rito.

La regola del giudicato implicito soffre due ordini di eccezioni: uno, per così dire, interno, ed uno esterno, relativo all'inapplicabilità ad altri antecedenti necessari della decisione di merito ⁽¹²²⁾.

Relativamente alla questione di giurisdizione, ad avviso delle sezioni unite, la relativa eccezione può essere proposta senza preclusioni in tutti i casi in cui la sentenza non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come, ad esempio, quando l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza impugnata risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad esempio, la manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, superando la progressione stabilita dal legislatore, per ragioni, anche in questo caso, di economia processuale. Entro questi limiti, il tenore letterale dell'art. 37 c.p.c. resta integro ⁽¹²³⁾.

In questi casi, infatti, non vi sarebbe lo spazio per configurare una pronuncia implicita sulla giurisdizione, né di conseguenza la possibilità per la formazione di un

⁽¹²²⁾ V. DELLE DONNE, *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed «evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione»: a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 749 ss.

⁽¹²³⁾ Così Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; successivamente Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.; di recente, Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20932, in *Guida dir.*, 2011, 47, p. 76.

giudicato implicito sulla questione, rimanendo ferma pertanto la possibilità di rilevare l'eventuale difetto anche nei successivi gradi di giudizio ⁽¹²⁴⁾.

Passiamo ora alle questioni pregiudiziali di rito diverse dalla giurisdizione alle quali non si estende il principio della decisione implicita in conseguenza della decisione nel merito.

Si tratta evidentemente di questioni pregiudiziali di rito di rango superiore o, per usare un sinonimo, fondanti, che, se non ben risolte, compromettono alla radice la funzionalità del processo. Proprio per questa ragione, sono eccepibili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, anche per la prima volta.

L'operatività del giudicato implicito, quindi, non riguarda le ipotesi in cui sia ancora possibile rilevare d'ufficio gli impedimenti processuali, cioè quando la sentenza sia affetta da vizi che non possono consolidarsi ai sensi degli artt. 329, comma 2°, e 324 c.p.c.: si pensi, ad esempio, al difetto di integrità del contraddittorio, alla mancanza dei presupposti processuali soggettivi, all'esistenza di un precedente giudicato, al divieto di *ius novorum*, nonché alla litispendenza ⁽¹²⁵⁾.

In questi casi rimane ferma la rilevabilità d'ufficio della questione in ogni stato e grado del processo e, pertanto, il giudice dell'impugnazione, anche in assenza di un qualsiasi comportamento attivo della parte, può procedere d'ufficio al rilievo della questione.

⁽¹²⁴⁾ CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 389.

⁽¹²⁵⁾ Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.

IL GIUDICATO IMPLICITO SU QUESTIONI PRELIMINARI DI MERITO

SOMMARIO: 2.1. Premessa. – 2.2. Giudicato implicito, ordine logico-giuridico delle questioni e struttura della decisione. – 2.3. Il principio della ragione più liquida come negazione dell'idea di giudicato implicito. – 2.4. Il giudicato di merito implicito. – 2.5. Profili di criticità.

2.1. Premessa.

Un discorso analogo a quello fin qui svolto con riguardo alle questioni pregiudiziali di rito e, in particolare, alla giurisdizione, deve farsi, al fine di determinare l'estensione del giudicato implicito, anche in riferimento alle questioni preliminari di merito, le quali, sebbene non esaminate nella sentenza, sarebbero, sempre secondo le sezioni unite, coperte dal giudicato implicito quando rappresentano il presupposto logico necessario della sentenza che decide il merito.

Al fine di una corretta impostazione del problema, credo che sia opportuno soffermarsi, preliminarmente, sul tema dell'ordine logico-giuridico delle questioni che, come si è visto, costituisce la premessa logica da cui muove il ragionamento giuridico della Cassazione.

L'intento è quello di dimostrare che, talvolta, il rispetto dell'ordine logico-giuridico di trattazione delle questioni non equivale ad una scelta di efficienza: infatti, vi sono casi rispetto ai quali, per l'efficienza del processo, non vi può essere un ordine assoluto e rigido, tipico e immutabile, di trattazione della causa.

L'efficienza della trattazione, insomma, dipende dal tipo di controversia a cui applicarla, più o meno semplice, di più o meno immediata definizione, con quel

marginale di flessibilità che le esigenze e le caratteristiche del caso concreto possono comportare.

In questi casi, come vedremo, una maggiore flessibilità nella gestione della vicenda processuale da parte del giudice può facilitare quell'efficienza del sistema che è l'aspirazione della giustizia civile.

2.2. Giudicato implicito, ordine logico-giuridico delle questioni e struttura della decisione.

Come si è detto, la teoria del giudicato implicito si fonda sull'affermazione che sussiste un ordine logico-giuridico precostituito di formulazione del giudizio ⁽¹²⁶⁾.

Cioè a dire che all'interno del quadro logico della decisione complessiva adottata in esito alle attività cognitive, si collocano i passaggi di rito o di merito, impliciti o espliciti, che portano alla decisione finale.

Questi passaggi, fa notare la Cassazione, sono plasticamente raffigurati nella prescrizione dell'art. 276, comma 2°, c.p.c., in forza del quale il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa (la disposizione, richiamata dagli artt. 131 e 141 disp. att. c.p.c., riguarda anche i giudizi di appello e di cassazione). Vi è dunque un preciso obbligo di legge di decidere prima («gradatamente») le questioni pregiudiziali (logiche o tecniche) e poi («quindi») il merito ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Per un'ampia disamina del rapporto di pregiudizialità tra rito e merito, v. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, cit., p. 1301 ss.; TURRONI, *op. cit.*, p. 111 ss.; DALFINO, *Ordine delle questioni, principio di assorbimento e dispositivo*, in <http://appinter.csm.it/>, p. 2 ss.; DE PAULI, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni*, in <http://appinter.csm.it/>, 2009, par. 3; DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 741 ss.; FORNACIARI, *op. cit.*, *passim*; DI IASI, *L'organizzazione del procedimento e le tecniche di motivazione nei giudizi civili e di lavoro. Funzioni e tecnica della motivazione*; VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Il giusto processo civile*, 2009, p. 643 ss.

⁽¹²⁷⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

Proprio perché la regola della decisione per gradi appartiene alla natura stessa del processo e la si ritrova espressamente sancita anche nel diritto positivo, secondo la Corte, se il giudice ha deciso il merito, si deve ritenere che abbia già deciso, ancorché implicitamente, in senso positivo le questioni pregiudiziali o preliminari proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio.

In termini più chiari, ciò significa che la progressione naturale che il giudice deve seguire nel decidere le questioni postula che quelle di merito vengano sempre dopo quelle attinenti al rito.

Fin qui il ragionamento della Cassazione.

Ora, è opportuno fugare qualche dubbio e cioè: *a)* l'ordine logico-giuridico delle questioni è effettivamente uno schema assoluto che il giudice è tenuto a seguire nell'attività decisoria? *b)* il giudice deve sempre seguire l'ordine logico-giuridico delle questioni oppure gode di una certa autonomia nel fissare il percorso che lo porta, nel rispetto delle regole processuali, alla sentenza di merito?

La risposta a questi interrogativi rende opportuna una precisazione: non bisogna confondere la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice con il quadro logico della decisione complessiva adottata in esito alle attività cognitive, all'interno del quale si collocano i passaggi che portano alla decisione finale. In altri termini, una cosa è l'ordine di trattazione delle questioni, altra cosa è l'ordine di decisione delle stesse.

A mio avviso, pertanto, non ha senso domandarsi in generale se esista o meno un ordine rito/merito, piuttosto il problema va posto in questi termini: l'ordine rito/merito esiste con riferimento sia all'attività di trattazione sia all'attività di decisione della causa?

Notazione, questa, che trova conferma anche nel diritto positivo: infatti, sia l'art. 276, comma 2°, c.p.c. sia l'art. 118, comma 2°, disp. att. c.p.c. disciplinano rispettivamente l'attività decisoria del collegio e la struttura della motivazione della

sentenza, a conferma della correlazione tra ordine delle questioni e struttura della decisione.

Più in generale, pur volendo prescindere dal dato normativo, non vi è dubbio che il nostro ordinamento processuale contempla un modello di trattazione unitaria, in cui esame sul rito e trattazione del merito si svolgono all'interno dell'unico processo ⁽¹²⁸⁾.

Una indicazione in tal senso si ricava dall'art. 187, comma 2°, c.p.c., che consente la rimessione in decisione della causa in presenza di una questione preliminare di merito: né risulta che, a tal fine, il giudice debba avere previamente accertato l'esistenza dei requisiti processuali ⁽¹²⁹⁾.

Infatti, quando il giudice istruttore effettua la rimessione in conseguenza dell'insorgenza di una questione preliminare di merito, l'ordine rito/merito è necessariamente escluso, dal momento che, in tale ipotesi, gli eventuali profili di rito sono possibilmente non istruiti e dunque non decidibili. Niente impedisce, quindi, che in questo caso si giunga ad una decisione che lasci impregiudicato il rito ⁽¹³⁰⁾.

La conferma è data dal fatto che, in presenza di una questione pregiudiziale di rito, al giudice è consentito rimettere la causa in decisione oppure accantonare la questione e disporre che sia decisa unitamente al merito (art. 187, comma 3°, c.p.c.). Ciò significa, se non mi inganno, che il giudice istruttore può legittimamente procedere alla trattazione del merito anche se, in séguito, risultasse fondata la questione pregiudiziale di rito e, quindi, mancasse un requisito processuale ⁽¹³¹⁾.

Più precisamente, in istruttoria il giudice compie una valutazione preventiva ed implicita sul possibile esito della causa.

Proprio perché, in presenza di una questione pregiudiziale di rito, il giudice può procedere alla trattazione sul merito, non avendo l'obbligo di rimettere la causa

⁽¹²⁸⁾ In questo senso, v. MENCHINI, *op. cit.*, p. 318 s.

⁽¹²⁹⁾ Così TURRONI, *op. cit.*, p. 148.

⁽¹³⁰⁾ Così FORNACIARI, *op. cit.*, p. 66 s. nota 122.

⁽¹³¹⁾ Così TURRONI, *op. cit.*, p. 148.

in decisione, ritengo che l'art. 187 c.p.c. dimostri, appunto, che non esiste un ordine rito/merito con riferimento esclusivo all'attività di trattazione e al potere di rimessione in decisione della causa, e non anche con riferimento alla decisione della stessa (¹³²).

Per di più, questa impostazione ha il vantaggio di garantire la ragionevolezza dei tempi processuali, soprattutto quando la decisione di una questione pregiudiziale di rito non è facile né spedita; sarebbe offesa al criterio dell'economia dei giudizi il pensare che questa istruttoria non possa essere predisposta contemporaneamente all'istruttoria di merito (¹³³).

2.3. Il principio della ragione più liquida come negazione dell'idea di giudicato implicito.

Un ulteriore argomento che depone contro la teoria del giudicato implicito è senza dubbio il principio della c.d. ragione più liquida, secondo il quale si decide prima (temporalmente) una questione (logicamente) più a valle, se tale decisione è più agevole e se risolve nello stesso senso la materia del contendere (¹³⁴).

Si tratta, evidentemente, di un criterio relativo ispirato al principio di economia, da cui discendono rapporti di priorità mutevoli e informati al caso concreto. Un criterio, quindi, svincolato da canoni strutturali, che sfugge ad un ordine prestabilito, disegnando relazioni di priorità in base al caso concreto e allo stato degli atti (¹³⁵). In tale prospettiva, una gerarchia fra questioni può essere stabilita solo caso per caso, non, invece, in termini generali e astratti. Ciò significa che l'ordine delle questioni potrebbe essere sovvertito da una valutazione applicativa, che ha riguardo al

(¹³²) V. TURRONI, *op. cit.*, p. 148 nota 97.

(¹³³) ALLORIO, *op. ult. cit.*, p. 250 s.

(¹³⁴) Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1304.

(¹³⁵) Così TURRONI, *op. cit.*, p. 248 s.

contenuto del dibattito giudiziario e alla sostanza del caso concreto ⁽¹³⁶⁾. Ne deriva che, in presenza di più causali, il giudice decide in base all'evidenza di un unico motivo portante, cioè secondo la causale che allo stato degli atti appare la più liquida, favorendo così una definizione più rapida e semplice del caso concreto.

Ecco un esempio: si pensi ad una controversia in cui il convenuto, al fine di ottenere il rigetto della domanda attorea, qualifica in termini diversi dalla controparte il rapporto dedotto in giudizio e comunque eccepisce la prescrizione. In questo caso, non vedo valida ragione per cui il giudice non debba respingere subito la domanda in ragione dell'intervenuta prescrizione facilmente accertabile, senza esaminare gli altri profili della vicenda processuale.

Quanto detto trova conferma anche nella recente giurisprudenza delle sezioni unite, le quali escludono la formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad esempio, per manifesta infondatezza della pretesa) e abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum* ⁽¹³⁷⁾.

Ciò significa, innanzi tutto, che la questione di giurisdizione non è necessariamente la prima questione da esaminare da parte del giudice, e, poi, che il giudicato implicito sulla giurisdizione finisce per essere temperato con il primato della ragione più liquida ⁽¹³⁸⁾. Argomento, questo, che indebolisce la bontà della teoria del giudicato implicito e, di riflesso, l'idea che vi sia un dato ordine logico-giuridico di trattazione delle questioni ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁶⁾ Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1304.

⁽¹³⁷⁾ Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20932, cit.; così già Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.

⁽¹³⁸⁾ Così DI IASI, *op. cit.*, p. 19. Sul punto, v. CAPONI, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, in *Foro it.*, 2009, c. 3099 s.

⁽¹³⁹⁾ In questo senso, BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1304, secondo il quale il principio della ragione più liquida ha una precisa ricaduta, nel senso che è coerente con esso la negazione dell'idea di giudicato implicito. È della stessa opinione LUISO, *Diritto processuale civile*⁶, II, cit., p. 66.

2.4. Il giudicato di merito implicito.

Come ho anticipato, l'istituto del giudicato implicito si estende non solo alle questioni pregiudiziali di rito, ma anche alle questioni preliminari di merito, quando rappresentano l'antecedente logico necessario della pronuncia che decide il merito, anche se non esaminate nella sentenza.

È opportuno fare subito una premessa. Le preliminari di merito si modulano diversamente dalle pregiudiziali di rito rispetto al tema dell'ordine logico-giuridico delle questioni, nel senso che sfuggono ad una rigorosa sequenza logica di trattazione e decisione ⁽¹⁴⁰⁾.

Pertanto, in assenza di un ordine fisso e precostituito, il problema, con riguardo alle questioni di merito, si pone in termini diversi.

L'ordine col quale il giudice ritiene di esaminare e decidere le singole questioni di merito in rapporto al medesimo *petitum* (inteso come bene della vita) deve essere stabilito caso per caso, alla ricerca di un equilibrio tra la discrezionalità del giudice di scegliere le questioni da trattare in ragione anche della necessità o meno di istruttoria (e quindi in funzione del principio di economia processuale che sostiene il c.d. canone della ragione più liquida) ed il principio dispositivo che caratterizza (soprattutto nei processi aventi ad oggetto situazioni disponibili) il processo civile ⁽¹⁴¹⁾.

Ciò significa che l'unico limite che la valutazione del giudice incontra è rappresentato dalle domande delle parti, anche in ossequio all'art. 34 c.p.c.

Ne consegue che il criterio principale di graduazione va individuato nell'eventuale indicazione di un preciso ordine ad opera della parte, a meno che la formulazione delle domande, ed in un determinato ordine, non finisca per costituire una forma di abuso dello strumento processuale ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ V. BIAVATI, *op. ult. cit.*, pp. 1308 e 1315.

⁽¹⁴¹⁾ V. DI IASI, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹⁴²⁾ V., ad esempio, in tema di frazionamento del credito, Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2112.

In assenza di un ordine legittimamente stabilito dalla parte, le varie domande ed eccezioni di merito devono essere decise secondo criteri di economia processuale: pertanto, devono essere esaminate prima le questioni mature per la decisione, ovvero, a parità di impegno istruttorio richiesto, quelle che consentono di massimizzare lo sforzo decisionale in quanto, assicurando o negando la tutela più ampia, sono idonee a scongiurare il rischio che il giudice possa essere nuovamente adito per i medesimi fatti.

Detto altrimenti, con riferimento alle questioni di merito ed in assenza di un ordine previamente indicato dalle parti, il giudice deve rigettare la domanda sulla base del motivo che risulti maturo per la decisione senza bisogno di alcuna attività istruttoria ⁽¹⁴³⁾, ovvero, in altri termini, il giudice deve scegliere di decidere, in rapporto al medesimo *petitum*, prima la questione che comporti il rigetto della domanda senza alcun impegno istruttorio ⁽¹⁴⁴⁾.

Come si può notare, il criterio della ragione più liquida trova qui ampia facilità di applicazione, all'unica condizione che venga data risposta a tutte le domande delle parti, per le quali vi sia l'obbligo di pervenire all'efficacia di giudicato ⁽¹⁴⁵⁾.

2.5. Profili di criticità.

Mi sembra che, a questo punto del ragionamento, siano sul tavolo gli elementi utili per sviluppare qualche riflessione critica sull'istituto del giudicato di merito implicito.

Il principio, così configurato, si fonda evidentemente sulla teoria della pregiudizialità logica, cioè a dire che la sentenza che decide il merito reca in sé

⁽¹⁴³⁾ La ragione più liquida, per dirla con LUISO, *op. ult. cit.*, p. 65 s.: inesistenza di un fatto costitutivo oppure esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo.

⁽¹⁴⁴⁾ Così DI IASI, *op. cit.*, p. 23.

⁽¹⁴⁵⁾ Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, pp. 1308 e 1315.

necessariamente anche l'accertamento implicito di tutte le questioni preliminari di merito che costituiscono le premesse logiche indispensabili della pronuncia conclusiva di merito.

Se così è, non vi è chi non colga i risvolti negativi di una tale impostazione, in particolare sul piano applicativo.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una domanda di impugnativa negoziale.

In questo caso, secondo la regola del giudicato implicito, la sentenza finale di merito accerta automaticamente il fatto costitutivo del diritto, oggetto preliminare di accertamento giudiziale, anche se non vi è nessuna contestazione tra le parti del punto pregiudiziale, dunque nessuna questione pregiudiziale insorta nel processo, tecnica o logica che sia; in altri termini, nei processi di impugnativa negoziale, oggetto del processo è innanzi tutto la validità (o l'invalidità) del contratto impugnato, a prescindere da qualunque contestazione sul punto tra le parti ⁽¹⁴⁶⁾.

Risulta così alquanto sminuita, dall'effetto preclusivo del giudicato implicito, la portata della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1421 c.c., salvo farne uno specifico motivo d'appello ⁽¹⁴⁷⁾.

Ne consegue che il convenuto in risoluzione, se soccombente, non potrà più ottenere una declaratoria di nullità del contratto risolto per inadempimento, nonostante l'imprescrittibilità della relativa azione, in quanto il giudicato sulla

⁽¹⁴⁶⁾ V. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in *www.judicium.it*, 2006, par. 1.

⁽¹⁴⁷⁾ L'interpretazione della giurisprudenza prevalente riconosce al giudice la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità del contratto solo nell'ipotesi in cui l'attore agisca per l'esecuzione del contratto in realtà nullo, escludendo tale possibilità a fronte di un'azione di rescissione, di risoluzione o di annullamento. Ciò sulla considerazione che quando si domanda l'applicazione di un contratto nullo è la legge stessa che respinge con la forza dei suoi principi imperativi gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta.

La nullità del contratto, quindi, può essere rilevata d'ufficio solo se si pone come ragione di rigetto della pretesa fatta valere, il che accade quando l'attore invoca il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto derivante dal contratto; nell'ipotesi inversa, in cui l'attore vuole escludere o eliminare gli effetti del contratto, per ragioni diverse dalla nullità (annullamento, rescissione o risoluzione) che poteva invocare e non ha invocato, la rilevabilità d'ufficio è esclusa. Più ampiamente sul punto, CECHELLA-ZANDA, *Nullità del contratto: rilevabilità d'ufficio, giudicato e contraddittorio*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2010.

risoluzione si è implicitamente esteso anche alla validità ed efficacia del contratto medesimo, quand'anche non sia stata oggetto di dibattito tra le parti. Un discorso analogo può farsi anche con riguardo ad una domanda di rescissione o di annullamento del contratto (¹⁴⁸).

Il che, francamente, è alquanto discutibile. Viene infatti da chiedersi a cosa serve una disposizione come l'art. 1421 c.c., posto che qualunque domanda volta a far valere un diritto nascente dal contratto ha nel contratto stesso parte della *causa petendi*.

Ritengo, quindi, che non sia condivisibile l'automatica estensione del giudicato (implicito) alla validità del contratto, quand'anche tale punto non sia stato mai contestato tra le parti, né rilevato dal giudice e con le parti discusso nella fase di trattazione della causa (¹⁴⁹).

Finora abbiamo ragionato presupponendo una sentenza di accoglimento della domanda di risoluzione (di rescissione o di annullamento) del contratto.

Ora, invece, proviamo a pensare all'ipotesi inversa, cioè ad una sentenza di rigetto della stessa domanda per motivi diversi dal rilievo della nullità: ad esempio, sulla base del primato della ragione più liquida (¹⁵⁰).

In questo caso, l'attore, considerata l'imprescrittibilità, potrà sempre proporre l'azione di accertamento della nullità, risultando impregiudicata la questione dal diverso oggetto del giudicato di rigetto sulla domanda di risoluzione, e cioè dal suo motivo portante.

(¹⁴⁸) La Cassazione, infatti, ha affermato che la nullità del contratto si pone come una questione pregiudiziale in senso logico-giuridico – che il giudice decide con effetto di giudicato al fine di evitare un possibile contrasto di decisioni – non solo rispetto alle azioni di esatto adempimento, ma anche rispetto alle azioni di risoluzione, rescissione ed annullamento del contratto (v. Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. giur.*, 2005, p. 962 ss., con nota di MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*; e in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1674 ss., con nota critica di PILLONI, *La Cassazione e il rilievo ex officio della nullità tra oggetto del giudicato, principio dispositivo e corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*).

(¹⁴⁹) V. CAVALLINI, *op. cit.*, par. 1 e 3.

(¹⁵⁰) Per dirla con CAPONI, *op. cit.*, c. 3099 s.

Viene da chiedersi, allora, quale rilievo determinante possa avere la teoria del giudicato implicito fondato sulla c.d. pregiudizialità logica se, poi, in concreto, tale teoria conformi il giudicato *secundum eventum litis* ⁽¹⁵¹⁾.

Il problema impone quindi un diverso ragionamento.

Considerata la natura di fatto impeditivo della nullità del contratto, bisogna chiedersi se il rilievo d'ufficio o l'eccezione da parte del convenuto configuri (o meno) una questione pregiudiziale di merito ai sensi dell'art. 34 c.p.c.

La risposta non può che essere positiva: l'eccezione o il rilievo d'ufficio del fatto (impeditivo) concernente la nullità del contratto trasforma il punto in questione pregiudiziale sulla nullità, in quanto l'oggetto di tale questione può dar luogo ad un separato ed autonomo processo. In altri termini, solo se viene contestata la validità del contratto, a séguito di rilievo officioso o di eccezione del convenuto, il punto si trasforma in questione necessariamente pregiudiziale alla decisione sul diritto dedotto in giudizio.

Intendo dire che, a fronte dell'art. 34 c.p.c., l'estensione del giudicato può avvenire solo per legge o per esplicita domanda di una delle parti ⁽¹⁵²⁾.

Affermare, invece, che il punto sulla (in)validità del contratto non appartiene all'oggetto del processo, per poi includerlo implicitamente ed automaticamente nell'oggetto del giudicato, contraddice il dato normativo (art. 34 c.p.c.), senza voler considerare i seri dubbi di tenuta, anche sul piano costituzionale, per effetto dell'omessa rilevanza del diritto di azione e di difesa.

Sostenere, viceversa, che la questione insorta sulla nullità del contratto, effettivamente controversa tra le parti, appartenga all'oggetto del processo, ma non necessariamente diventi oggetto del giudicato se non vi è domanda di una delle parti

⁽¹⁵¹⁾ CAVALLINI, *op. cit.*, par. 3.

⁽¹⁵²⁾ V. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege. Profili*, Milano, 2008, p. 169; MARICONDA, *op. cit.*, p. 695; CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 691.

in tal senso, appare più in linea con i principi fissati dalla norma, nonché, in una parola, con il sistema ⁽¹⁵³⁾.

Non basta. La teoria del giudicato di merito implicito palesa ulteriori debolezze: infatti, a fronte del novellato art. 101, comma 2°, e dell'art. 183, comma 4°, c.p.c. secondo cui il giudice indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, credo sia opportuno sottolineare che, in presenza di una questione pregiudiziale di merito, potenzialmente idonea ad assorbire la trattazione del merito ed a fondare il motivo portante, se accolta, della decisione (di rigetto) della domanda attorea (in assenza di altre questioni più liquide), il giudice debba indicare alle parti la questione (della nullità del contratto), al fine non solo di favorire l'esercizio del contraddittorio sulla questione rilevata, ma anche una migliore ponderazione da parte del giudice della rilevanza decisoria assorbente della questione.

Se poi si considera che la nullità del contratto, come si è detto, è una questione pregiudiziale di merito *tout court* ai sensi dell'art. 34 c.p.c., allora, in qualunque momento venga rilevata dal giudice, si deve consentire la proposizione della domanda di accertamento incidentale della parte che vi ha interesse, e delle difese (eccezioni) della controparte. L'epilogo della vicenda è sì l'accertamento con efficacia di giudicato della nullità del contratto (o meno), ma nel dovuto rispetto del principio dispositivo ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵³⁾ Così CAVALLINI, *op. cit.*, par. 4.

⁽¹⁵⁴⁾ Così CAVALLINI, *op. cit.*, par. 5.

**IL RAPPORTO TRA IL GIUDICATO IMPLICITO E
IL SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI:
RISVOLTI APPLICATIVI E PROFILI PROBLEMATICI**

SOMMARIO: 3.1. Premessa. – 3.2. Le implicazioni del giudicato implicito sulla giurisdizione in sede di impugnazione. – 3.3. *Segue*: l'onere dell'appello incidentale puro e del ricorso incidentale condizionato della parte vittoriosa nel merito. – 3.4. Riflessioni a margine del dibattito sulla distinzione tra giudizio di appello e giudizio di cassazione in ordine al carattere condizionato dell'impugnazione incidentale. – 3.5. Il ricorso incidentale condizionato su questioni preliminari di merito. – 3.6. I casi in cui il ricorso incidentale per cassazione non è condizionato *de iure*.

3.1. Premessa.

Ora, il piano dell'indagine si incentra su un aspetto specifico dell'istituto del giudicato implicito sulla giurisdizione, che si rivela particolarmente importante sotto il profilo dei risvolti applicativi: le implicazioni di detto principio in sede di impugnazione.

Più precisamente, si tratta di cogliere, nell'ambito del rapporto tra il giudicato implicito ed il sistema delle impugnazioni, le ricadute che, nella recente interpretazione delle sezioni unite, il nuovo regime di rilevabilità della questione di giurisdizione provocherebbe in punto di condizionamento del ricorso incidentale per cassazione, con le perplessità e i dubbi che ne derivano ⁽¹⁵⁵⁾.

A tal fine, cercherò di rispondere ad alcuni interrogativi, e cioè: *a)* in sede di impugnazione, qual è la tecnica processuale corretta contro la decisione implicita

⁽¹⁵⁵⁾ V. Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit., e Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

sulla giurisdizione? *b)* la parte totalmente vittoriosa nel merito ha l'onere di impugnare in via incidentale la pronuncia implicita sulla giurisdizione? *c)* se sì, l'esame dell'impugnazione incidentale è condizionato alla fondatezza dell'impugnazione principale? *d)* il carattere condizionato dell'impugnazione incidentale opera sia nel giudizio di appello sia nel giudizio di cassazione?

Questi, in sintesi, i punti che cercherò di sviluppare ed approfondire nel corso di questo capitolo.

3.2. Le implicazioni del giudicato implicito sulla giurisdizione in sede di impugnazione.

Chiarita la portata delle recenti pronunce delle sezioni unite ⁽¹⁵⁶⁾, bisogna ora capire come coordinare, seguendo il ragionamento della Cassazione, l'istituto del giudicato implicito sulla giurisdizione con il sistema delle impugnazioni: quali sono, cioè, le ricadute applicative in sede di impugnazione.

È questo, infatti, sotto il profilo processuale, uno dei punti più importanti e delicati della questione, in riferimento al quale sorgono i maggiori dubbi interpretativi ed applicativi.

Seguendo il ragionamento della Cassazione, il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio, oltre che eccepibile, solo per tutto il giudizio di primo grado (in pendenza del quale è altresì possibile proporre il regolamento di giurisdizione). Una volta intervenuta la sentenza di primo grado, la questione di giurisdizione potrà invece essere valutata dal giudice dell'appello, se e solo se la parte abbia sul punto formulato specifico motivo di impugnazione (eccependo anche per la prima volta il

⁽¹⁵⁶⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.; Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.

difetto), operando in caso contrario il giudicato sulla questione, anche in forma implicita, per effetto di acquiescenza *ex art. 329, comma 2°*, c.p.c. ⁽¹⁵⁷⁾.

Si pone a questo punto il problema relativo all'attività impugnatoria di cui è onerata la parte totalmente vittoriosa nel merito, laddove voglia scongiurare il pregiudizio, giuridicamente apprezzabile, derivante dal vincolo endoprocessuale del giudicato implicito.

Il problema si traduce in alcuni quesiti: *a)* innanzi tutto, bisogna capire se la devoluzione della questione di giurisdizione in sede di appello debba avvenire con la tecnica dell'impugnazione incidentale o della semplice riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*; *b)* poi, occorre chiedersi se l'impugnazione incidentale debba essere condizionata alla fondatezza dell'impugnazione principale; *c)* ed infine, bisogna stabilire se l'onere di impugnazione incidentale condizionata operi sia nel giudizio di appello sia nel giudizio di cassazione.

Procediamo con ordine.

Quanto al quesito di cui alla lettera *a)*, è chiaro che, al fine di stabilire se la devoluzione della questione di giurisdizione in appello debba avvenire con la tecnica dell'impugnazione incidentale o della semplice riproposizione *ex art. 346 c.p.c.* ⁽¹⁵⁸⁾, occorre verificare se la decisione implicita sulla giurisdizione rappresenti o meno un capo di sentenza ai sensi dell'*art. 329, comma 2°*, c.p.c. ⁽¹⁵⁹⁾.

Sul punto, le sezioni unite affermano che l'accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo che è pienamente capace di passare in giudicato anche nel caso in cui il giudice si sia pronunciato solo implicitamente: quindi, tale questione non può

⁽¹⁵⁷⁾ CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 388 s.

⁽¹⁵⁸⁾ Sul rapporto tra l'appello incidentale e la mera riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*, v., fra gli altri, RONCO, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito (come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito)*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, p. 2006 s.; TURRONI, *op. cit.*, p. 129 ss.; TEDOLDI, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, 6, p. 1301 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Per approfondimenti sul punto, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 132 ss.

più formare oggetto di rilievo d'ufficio nei successivi gradi del processo, ma solo di motivo di impugnazione ⁽¹⁶⁰⁾).

Secondo la Corte, la decisione sul merito contiene un implicito capo di sentenza (o, se si preferisce, un'implicita parte di sentenza) sulla giurisdizione, come tale destinato a passare in giudicato in mancanza della proposizione di un apposito gravame sul punto ⁽¹⁶¹⁾).

In quest'ottica, la parte vittoriosa nel merito ha l'onere di impugnare in via incidentale il capo implicito della sentenza di merito relativo alla questione di giurisdizione, non potendosi limitare alla semplice riproposizione della questione *ex art. 346 c.p.c.* ⁽¹⁶²⁾).

⁽¹⁶⁰⁾ V. Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit. In dottrina, è di opinione contraria DALFINO (*op. ult. cit.*, p. 11 s.) secondo il quale «nessuna dignità di capo o parte autonoma di sentenza può essere assegnata alla decisione implicita della questione; infatti, per quanto controversa sia quella nozione, non si deve dubitare del fatto che, in tanto possono formarsi ed essere individuati autonomi capi o parti di sentenza, in quanto ad essi corrisponda almeno una statuizione su una domanda o su una questione sottoposta al contraddittorio delle parti. Nell'ipotesi della decisione implicita, invece, non soltanto manca un provvedimento sulla questione, ma le parti non hanno avuto neanche modo di interloquire e di difendersi sulla questione stessa. In questa prospettiva non può non destare serio sconcerto la linea interpretativa adottata in uno dei passaggi della motivazione di Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit., ove si legge che «sul piano del valore di verità, appare più affidabile la decisione che non sia passata attraverso il travaglio del dubbio, che non quella che sia frutto del contraddittorio». Siamo agli antipodi del principio di collaborazione tra giudice e parti».

⁽¹⁶¹⁾ V. E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1086.

⁽¹⁶²⁾ È di questa opinione RONCO, *op. cit.*, p. 2004 ss. Soluzione che trova precedenti, ad esempio, in Cass., sez. un., (ord.) 16 ottobre 2008, n. 25246, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1486; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.; Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

È di diverso avviso, invece, BACCAGLINI, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito: una decisione non pienamente condivisibile*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1083, secondo la quale, ove il giudice di primo grado non si sia pronunciato in punto di giurisdizione, limitandosi a decidere il merito, si formerebbe quella che la suprema Corte chiama decisione implicita sulla questione pregiudiziale suddetta: la parte avrebbe l'onere di sollevare in appello la questione (se appellante, con apposito motivo *ex art. 342 c.p.c.*; se appellato, mediante riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*).

In questo senso, in giurisprudenza, già Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26620, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2269; Cass., sez. un., 24 maggio 2007, n. 12067, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Appello civile», n. 35; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, *ivi*, 2006, voce «Cosa giudicata civile», n. 8.

In definitiva, il convenuto vittorioso nel merito, in caso di impugnazione, è onerato ad un *surplus* di attività dovendo non solo prevenire una sconfitta nel merito, ma anche contrastare una implicita decisione in rito ⁽¹⁶³⁾.

Passiamo ora al quesito di cui alla lettera *b*), che come è intuibile richiama le nozioni di soccombenza (pratica e teorica), interesse e legittimazione ad impugnare ⁽¹⁶⁴⁾.

Al riguardo, le sezioni unite hanno recentemente enunciato il principio secondo cui l'esame del ricorso incidentale condizionato (si noti il riferimento specifico al ricorso per cassazione ⁽¹⁶⁵⁾) proposto dalla parte interamente vittoriosa nel merito deve essere effettuato solamente se il ricorso principale sia stato giudicato fondato dalla Corte ⁽¹⁶⁶⁾.

Ne consegue che, allorché la questione di giurisdizione sia stata decisa dal giudice d'appello, il riesame della questione da parte della Cassazione postula la proposizione di un'impugnazione, che è ammissibile in presenza di un interesse della parte, interesse che, per la parte totalmente vittoriosa, sorge solo nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale. In caso contrario, infatti, il ricorrente incidentale

⁽¹⁶³⁾ V. TURRONI, *op. cit.*, p. 128 nota 48 e p. 132 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Per gli approfondimenti, i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali sul tema, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 135 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Per quanto concerne invece il giudizio di appello, v. *infra* n. 3.3.

⁽¹⁶⁶⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit., annotata da IZZO, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito*, in *Giur. it.*, 2009, 12, p. 2731 ss.; PANZAROLA, *Sul condizionamento de iure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 191 ss.; BACCAGLINI, *op. cit.*, p. 1073 ss.; CARBONE, *op. cit.*, p. 754 ss.; RUSCIANO, *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, in *Foro it.*, 2009, I, cc. 3051-3054; CASTRO, *op. cit.*, p. 43 ss. V. anche CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1141 ss.; BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, p. 77 ss.; DALFINO, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

Il contrario precedente orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. un., 23 maggio 2001, n. 212, con nota di NEGRI, *Le sezioni unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1473 ss.) adottava – quale criterio per escludere sempre l'ammissibilità del condizionamento dell'impugnazione incidentale – la rilevabilità d'ufficio della questione pregiudiziale di rito. Oggi, però, questo argomento perde peso allorché si ammetta la categoria del giudicato implicito sulla giurisdizione (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.).

manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione poiché il suo eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole in concreto di quello derivante dal rigetto del ricorso principale ⁽¹⁶⁷⁾. Così è presto spiegata l'esigenza sottesa al condizionamento. Nell'ipotesi in cui l'impugnazione incidentale sia fondata, e risulti invece infondata l'impugnazione principale, decidere subito la prima comporta per l'impugnante incidentale un evidente svantaggio, perché la sua vittoria nel merito conseguita in primo grado, anziché conservarsi con il rigetto dell'impugnazione principale, degraderebbe a vittoria di mero rito ⁽¹⁶⁸⁾.

Il suddetto principio comporta che, se la parte soccombente nel merito non rileva la questione di giurisdizione, il giudice non possa esaminarla; se la parte vittoriosa, ma soccombente solo sulla questione di giurisdizione, la solleva, il giudice potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione, tale parte diventi soccombente nel merito. Ciò significa che il giudice ha la piena disponibilità della questione di giurisdizione solo in primo grado ⁽¹⁶⁹⁾; successivamente, egli può intervenire sulla questione solo se la parte soccombente sul punto glielo richiede, in presenza di un interesse attuale a tale richiesta (e quindi se si tratta della parte vittoriosa, allorché questa sia divenuta soccombente per effetto dell'accoglimento dell'impugnazione principale); viceversa, egli subisce la giurisdizione implicitamente affermata nella statuizione di merito ⁽¹⁷⁰⁾.

Proprio perché l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale diventa attuale (o, come è stato anche detto, sopravvenuto) solo a séguito della valutazione di fondatezza del ricorso principale, il ricorso della parte totalmente vittoriosa è condizionato *de iure* ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Cass., 6 agosto 2004, n. 15161, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Cassazione civile», n. 324; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 199 s.

⁽¹⁶⁸⁾ TURRONI, *op. cit.*, p. 137 nota 67.

⁽¹⁶⁹⁾ Secondo i principi in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione affermati da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

⁽¹⁷⁰⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

⁽¹⁷¹⁾ In questo senso, già Cass., sez. un., 31 ottobre 2007, n. 23019, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Cassazione civile», n. 303. *Contra*, invece, Cass., 23 aprile 2007, n. 9598, in *Foro it.*, 2007, I, c.

Da tale assunto deriva che il ricorso incidentale necessariamente condizionato non solo è ammissibile, ma costituisce l'unico strumento nelle mani del resistente vittorioso per sottoporre alla Cassazione il riesame della questione di giurisdizione sulla quale egli è rimasto soccombente ⁽¹⁷²⁾. Certo, se poi il ricorso principale viene rinunciato oppure dichiarato improcedibile, la Corte non può passare all'esame del ricorso incidentale condizionato avverso la decisione sulla giurisdizione.

3.3. *Segue: l'onere dell'appello incidentale puro e del ricorso incidentale condizionato della parte vittoriosa nel merito.*

Veniamo ora al quesito di cui alla lettera c): il carattere condizionato *ex lege* del ricorso incidentale per cassazione della parte totalmente vittoriosa nel merito opera anche nel giudizio di appello?

Le sezioni unite hanno statuito che «il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita (ove quest'ultima sia possibile) da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale» ⁽¹⁷³⁾.

2959; Cass., 3 aprile 2007, n. 8293, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Cassazione civile», n. 309; Cass., sez. un., 23 maggio 2001, n. 212, cit.

⁽¹⁷²⁾ V. RUSCIANO, *Il ricorso per cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una «deviazione temporanea»?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1111.

⁽¹⁷³⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.; in questo senso, già Cass., 21 gennaio 2008, n. 1161, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Cassazione civile», n. 301; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690, cit.

Rimane il problema se quanto affermato in tema di ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel merito, e cioè che esso possa essere esaminato solo a sèguito dell'accoglimento del ricorso principale, valga anche per il giudizio d'appello ⁽¹⁷⁴⁾.

La questione si estende al giudizio di appello in quanto, al fine di impedire fenomeni di acquiescenza tacita, la parte totalmente vittoriosa nel giudizio di primo grado, prima che in Cassazione, ha l'onere di mantenere la questione di giurisdizione viva in appello.

Considerato che, nell'interpretazione della Corte, la tecnica da impiegare è l'appello incidentale, e non la semplice riproposizione della questione *ex art.* 346 c.p.c., resta ora da capire se anche l'appello incidentale, così come il ricorso incidentale per cassazione, debba essere condizionato alla fondatezza dell'appello principale ⁽¹⁷⁵⁾.

La risposta delle sezioni unite a questo interrogativo è negativa, sebbene il problema non venga direttamente esaminato con la recente pronuncia citata ⁽¹⁷⁶⁾.

La suprema Corte, infatti, distingue l'oggetto e la struttura del giudizio di appello rispetto a quelli del giudizio di cassazione ⁽¹⁷⁷⁾. Le considerazioni che inducono a ritenere il condizionamento inammissibile in appello sono fondate sul presupposto che l'appello riapre immediatamente il riesame della domanda proposta in primo grado e, quindi, il giudice *ad quem* deve potersi porre davanti alla domanda alle stesse condizioni e con gli stessi poteri che aveva in primo grado. Poiché un tale

⁽¹⁷⁴⁾ Del problema se ne occupa ampiamente TURRONI, *op. cit.*, p. 138 ss.; anche RINALDI, *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, in <http://judicium.it/>, par. 3; e RONCO, *op. cit.*, p. 2007 ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Sull'istituto dell'appello incidentale condizionato, v. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1315 s.

⁽¹⁷⁶⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

⁽¹⁷⁷⁾ Un'ampia disamina della struttura, della funzione e dell'oggetto del giudizio di appello, riguardato quest'ultimo anche nei suoi rapporti con il giudizio di cassazione, in R. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 48 ss.

vincolo non può essere posto in primo grado, esso non potrà essere imposto neanche in appello ⁽¹⁷⁸⁾.

Si obietta cioè che il giudizio di appello, essendo retto dal principio devolutivo, non è giudizio sulla sentenza ma nuovo giudizio sulla causa, in cui, seppure entro i limiti oggettivi del gravame, si riproducono i rapporti fra domande e questioni, fra rito e merito, già esistenti nel giudizio di primo grado. E come lì le parti non possono condizionare ad un certo esito del giudizio sul merito la decisione su una questione pregiudiziale di rito, così non potranno fare in appello ⁽¹⁷⁹⁾.

Ricostruito il giudizio di appello come un nuovo giudizio sul rapporto controverso deciso in primo grado (nei confini determinati dal meccanismo dell'art. 329, comma 2°, c.p.c.) ⁽¹⁸⁰⁾, il condizionamento non sarà ammissibile rispetto alla questione di giurisdizione: dalla soluzione di detta questione, infatti, dipende la possibilità stessa di decidere il merito della causa e non vi sono presupposti nel nostro ordinamento processuale per giustificare una deroga alla priorità logica della decisione di tale questione ⁽¹⁸¹⁾.

Con riferimento al giudizio di cassazione, invece, le sezioni unite affermano che non si tratta di un vero e proprio grado del processo, ma semmai di un momento di verifica della legittimità dell'intero giudizio di merito, nei limiti dei motivi dedotti

⁽¹⁷⁸⁾ V. RINALDI, *op. cit.*, par. 3.

⁽¹⁷⁹⁾ Così TURRONI, *op. cit.*, p. 141 nota 79; nello stesso senso, RONCO, *op. cit.*, p. 2007 s., il quale fa notare che, benché il secondo grado di giudizio si vada avvicinando ad una configurazione tipologica di *revisio prioris instantiae* e perda simmetricamente alcuni connotati del *novum iudicium*, la sentenza di secondo grado è comunque destinata a sostituirsi a quella del primo giudice come decisione che – sia pure nei limiti della devoluzione (e quando non siano operanti le disposizioni eccezionali e tassative contemplate dagli artt. 353 e 354 c.p.c.) – incide direttamente sulla *res litigiosa* ed afferma se il diritto fatto valere in giudizio esista o meno.

⁽¹⁸⁰⁾ La ricostruzione che le sezioni unite fanno del giudizio di appello in termini di *novum iudicium* non può che suscitare qualche perplessità alla luce dell'attuale diritto positivo e della stessa giurisprudenza di legittimità. Per approfondimenti sul punto, v. *infra* n. 4.3.

⁽¹⁸¹⁾ V. RINALDI, *op. cit.*, par. 3.

(¹⁸²); in altre parole, il giudizio di legittimità non può essere considerato una terza istanza di giudizio (¹⁸³).

Ad avviso delle sezioni unite, la differenza di struttura tra il giudizio di appello ed il giudizio di cassazione si riflette sul carattere condizionato o meno dell'impugnazione incidentale (¹⁸⁴).

A questa impostazione segue che, al fine di impedire il formarsi del giudicato implicito sulla questione di giurisdizione, la parte totalmente vittoriosa nel merito in primo grado ha l'onere di proporre appello incidentale puro prima, e ricorso incidentale condizionato poi.

3.4. Riflessioni a margine del dibattito sulla distinzione tra giudizio di appello e giudizio di cassazione in ordine al carattere condizionato dell'impugnazione incidentale.

Come si è visto, la Corte ha ritenuto inoperante in appello il condizionamento previsto invece per il ricorso incidentale per cassazione. Proviamo ora a seguire la linea di ragionamento delle sezioni unite, per poi verificare se il discorso possa tenere alla luce del diritto positivo e sotto il profilo della coerenza. Occorre premettere che l'intento non è quello di entrare nel merito del dibattito sulla differenza di struttura e di oggetto tra l'appello e il ricorso per cassazione, ma semplicemente quello di

(¹⁸²) Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

(¹⁸³) Opinione, questa, che non può non essere soggetta ad una rimeditazione alla luce dell'art. 384, comma 2°, c.p.c., che apre le porte al giudizio sul merito da parte della Cassazione a condizione che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Più ampiamente BOVE (*op. ult. cit.*, p. 85 nota 90) sostiene che, alla luce dell'attuale diritto positivo, non vi sia motivo per negare che il ricorso per cassazione, come l'appello, si fondi sul principio della devoluzione e che l'oggetto di questi mezzi d'impugnazione sia quello stesso oggetto, in rito e in merito, che si configura nel giudizio di primo grado (v. anche BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 947 ss.).

(¹⁸⁴) R. POLI (*op. ult. cit.*, p. 54 ss.) ritiene, invece, che sia più aderente all'attuale sistema normativo la ricostruzione che tende ad avvicinare il giudizio di appello alla struttura del ricorso per cassazione secondo il modello dell'impugnazione in senso stretto.

verificare se l'*iter* logico-argomentativo della suprema Corte venga svolto coerentemente. Non resta che analizzare gli aspetti rilevanti della questione.

Il riconoscimento del carattere condizionato del ricorso incidentale per cassazione relativo alla questione di giurisdizione passa attraverso due argomenti: la garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo ⁽¹⁸⁵⁾ (asse portante del nuovo regime di rilevabilità del difetto di giurisdizione ⁽¹⁸⁶⁾) e l'ordine logico-giuridico di trattazione e decisione delle questioni ⁽¹⁸⁷⁾.

Ad avviso della Corte, infatti, «a fronte del ricorso di una parte che non contesta la decisione sulla giurisdizione, ma solo sul merito (e quindi chiede esclusivamente una decisione sullo stesso) ed a fronte della posizione del ricorrente incidentale, che chiede anzitutto che sia mantenuta ferma la decisione sul merito e, solo in caso negativo, sia rivisitata la decisione sulla giurisdizione, il decidere preliminarmente la questione di giurisdizione può comportare un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere ad una decisione di merito. Infatti, mentre l'infondatezza dichiarata del ricorso principale esaminato per primo significa chiudere il processo con un definitivo provvedimento di tutela nel merito, la fondatezza dichiarata del ricorso incidentale esaminato per primo significa obbligare la parte interessata a ricominciare il processo da capo davanti ad altro giudice per ottenere presumibilmente il medesimo risultato finale, che per lei era già soddisfacente» ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ In dottrina, v. fra gli altri TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 398 ss.; TARZIA, *L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in CIVININI-VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*, Milano, 2001, p. 255 ss.; BOVE, *Art. 111 cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.; LANFRANCHI, «*Giusto processo civile*» e riforme incostituzionali, in *La roccia non incrinata*², Torino, 2004, p. 607 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.

⁽¹⁸⁷⁾ Per un'ampia disamina del rapporto di pregiudizialità tra rito e merito, v. BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1301 ss.; TURRONI, *op. cit.*, p. 111 ss.; DALFINO, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.; DE PAULI, *op. cit.*, par. 3; in senso critico, DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 741 ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

Quanto al principio secondo cui l'ordine logico delle questioni da esaminare è rimesso al giudice, la Cassazione fa notare che ciò vale solo per il primo grado. Quando, invece, la decisione su una questione vi è stata, il riesame della stessa da parte del giudice dell'impugnazione è rimesso necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo che regge il sistema delle impugnazioni. Se tale impulso di parte è condizionato all'accoglimento dell'impugnazione avversaria e, quindi, al sopravvenire della soccombenza anche formale e dell'interesse all'impugnazione, in questi termini va valutato dal giudice il mezzo impugnatorio proposto.

Inoltre, osserva la suprema Corte, proprio l'ordine logico delle questioni da esaminare impone anzitutto l'esame del ricorso principale. Il ricorso della parte totalmente vittoriosa è condizionato *de iure*, perchè solo a séguito dell'accertamento della fondatezza del ricorso principale si può dire che sia sorto l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale. Proprio il previo esame del ricorso principale fa sì che il cosiddetto ordine logico della pregiudizialità sia rispettato in uno dei suoi profili più pregnanti in materia di impugnazioni, vale a dire nel divieto rivolto al giudice di esaminare il merito del gravame prima di aver acclarato l'esistenza di tutti i relativi presupposti di ammissibilità, ivi compresa, appunto, la legittimazione ad impugnare, sotto il profilo dell'interesse⁽¹⁸⁹⁾.

C'è da chiedersi ora se queste considerazioni, svolte per il giudizio di cassazione, possano essere estese anche al giudizio di appello.

Quanto al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, l'orientamento delle sezioni unite risponde ad un'esigenza generale del sistema: evitare un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere alla decisione di merito. Se così è, ragionando con coerenza sulla base del principio della ragionevole durata del processo inteso come aspirazione ad una più rapida definizione in merito della lite, si deve pur ammettere che gli effetti positivi, in termini di

⁽¹⁸⁹⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

economia processuale, che, in teoria, dovrebbero venire proprio dalla soluzione avanzata dalle sezioni unite, devono prodursi non solo sul giudizio di cassazione, ma anche su quello di appello.

Ed infatti, se si seguisse coerentemente il ragionamento delle sezioni unite, lo si dovrebbe applicare anche al giudizio di appello: non è forse vero che, dal punto di vista delle esigenze sottese al principio della ragionevole durata del processo, non c'è differenza tra il giudizio di cassazione e il giudizio di appello, perché in entrambi l'interesse del sistema sta appunto nella più rapida stabilizzazione della vittoria in merito, se essa è giusta? ⁽¹⁹⁰⁾

Quanto al problema dell'ordine logico di trattazione e decisione delle questioni, il ragionamento delle sezioni unite non mette in discussione la generale valenza del rapporto di pregiudizialità rito/merito, anzi lo ribadisce.

La Cassazione sostiene che la legittimazione ad impugnare della parte vittoriosa nel merito non sorgerebbe con l'esperimento dell'impugnazione principale, ma soltanto con l'accertamento della fondatezza dell'impugnazione principale. La valutazione della fondatezza del ricorso principale, in quanto elemento costitutivo della legittimazione ad impugnare del resistente vittorioso, andrebbe apprezzato come specifico requisito processuale.

Questo spiegherebbe perché l'esame del merito, richiesto dall'impugnante principale, sarebbe pregiudiziale rispetto all'oggetto dell'impugnazione incidentale ⁽¹⁹¹⁾.

Nel ragionamento delle sezioni unite, il rispetto dell'ordine logico di esame delle questioni, da principale ragione ostativa al condizionamento che era, diviene cardine della soluzione inversa. È la regola della pregiudizialità, difatti, ad imporre al

⁽¹⁹⁰⁾ Così BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., p. 84 s., il quale fa giustamente notare che «se si vuole sposare questa logica, si deve percorrere il cammino da essa imposto fino in fondo e con coerenza e, poi, verificare se essa possa tenere alla luce del diritto positivo. Altrimenti il discorso salta, ma, se salta, esso salta del tutto».

⁽¹⁹¹⁾ Così TURRONI, *op. cit.*, p. 140 s.

giudice di esaminare il ricorso incidentale solo dopo aver verificato le condizioni di ammissibilità dell'impugnazione, ivi compresa la legittimazione ad impugnare del ricorrente incidentale. Orbene, nel convincimento della Corte, la valutazione di fondatezza del ricorso principale si impone quale momento di verifica della legittimazione nelle sue due componenti della soccombenza e dell'interesse. Né l'una né l'altro risulterebbero, infatti, integrati dalla mera proposizione dell'impugnazione principale, pur «di per sé capace di rendere incerta la vittoria conseguita nel merito». Secondo le sezioni unite, finché quest'ultima non sia concretamente rimessa in discussione, la soccombenza non è soltanto teorica ma inattuale «e di futura e solo ipotetica attualizzazione» ⁽¹⁹²⁾.

Così rilette le due componenti della legittimazione, non può che riconoscersi una pregiudizialità necessaria tra decisione dell'impugnazione principale ed esistenza del dovere del giudice di pronunciarsi su quella incidentale, indipendentemente dalla scelta espressa dalla parte. Dunque, nel pieno rispetto dell'art. 276 c.p.c., verranno decise gradatamente le questioni pregiudiziali – prime tra tutte le condizioni di ammissibilità dell'impugnazione – quindi il merito ⁽¹⁹³⁾.

Lo schema che in tal modo si delinea, più che dare l'idea di una inversione rito/merito, suggerisce la presenza di un fatto – la valutazione di fondatezza del gravame principale – che ha doppia rilevanza. Da un lato costituisce oggetto di decisione sul merito, dall'altro è condizione dell'azione, perché concorre al sorgere della legittimazione ad impugnare in via incidentale. Si tenta così un ribaltamento di prospettiva, con la dimostrazione che lo schema dell'impugnazione incidentale condizionata non intacca la validità dell'ordine di decisione rito/merito come principio generale.

Questo argomento, riferito soltanto al ricorso incidentale condizionato, può ben estendersi anche all'appello incidentale. In senso contrario si potrebbe obiettare

⁽¹⁹²⁾ V. IZZO, *op. cit.*, p. 2732.

⁽¹⁹³⁾ V. IZZO, *op. cit.*, p. 2733.

che il giudizio di appello, essendo retto dal principio devolutivo, non è giudizio sulla sentenza ma nuovo giudizio sulla causa.

L'obiezione, tuttavia, non sarebbe sufficiente. Se non si confuta l'idea che la (decisione sulla) fondatezza dell'appello principale costituisce condizione dell'azione per l'appello incidentale della parte vittoriosa, a nulla vale il richiamo alla natura sostitutiva dell'appello; e la ideale corrispondenza fra giudizio di appello e giudizio di primo grado, sottesa al principio devolutivo, conoscerebbe una nuova riserva ⁽¹⁹⁴⁾.

3.5. Il ricorso incidentale condizionato su questioni preliminari di merito.

Le sezioni unite si sono espresse a favore del condizionamento *de iure* del ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito con riguardo non solo alle questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, ma anche alle questioni preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, decise, anche solo implicitamente, in senso a lei sfavorevole nel grado inferiore ⁽¹⁹⁵⁾.

Su un piano generale e di sistema, non sfuggono gli effetti negativi di una tale impostazione sotto il profilo della ragionevolezza dei tempi del giudizio di cassazione. Infatti, la tesi della condizionalità *ex lege* finisce con l'imporre gravi diseconomicità e allungamenti al giudizio di legittimità, in quanto pare non tener conto, fra le varie questioni di merito censurate e poste all'esame della Corte, del primato di quella più liquida e dotata di maggiore efficacia definitiva del giudizio di cassazione, eventualmente con esercizio immediato dei poteri decisorii sostitutivi di merito *ex art. 384 c.p.c.*, a condizione naturalmente che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Vi sono casi, infatti, in cui i motivi principali ed incidentali su questioni di merito devono essere esaminati senza alcun ordine precostituito, solo in base alla

⁽¹⁹⁴⁾ Così, testualmente, TURRONI, *op. cit.*, p. 140 s. e p. 141 nota 79.

⁽¹⁹⁵⁾ Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, cit.

identificazione della questione più liquida: non si vede valida ragione, se il motivo incidentale è semplice e non esige rinvio o rimessione alle sezioni unite, per non procedere subito al suo esame e quindi alla definizione sostitutiva di merito dell'intera causa.

Ne consegue che il giudizio della Corte deve tendere a definire non tanto i ricorsi secondo un ordine tassativo, quanto piuttosto l'intero processo, se possibile, per la via più breve, in forza, trattandosi qui di merito, anche dei poteri sostitutivi *ex* art. 384 c.p.c. ⁽¹⁹⁶⁾.

3.6. I casi in cui il ricorso incidentale per cassazione non è condizionato *de iure*.

Concludo brevemente individuando i casi in cui il ricorso incidentale per cassazione non è condizionato *ex lege* alla valutazione di fondatezza del ricorso principale ⁽¹⁹⁷⁾.

Come si è detto al termine del primo capitolo, la regola del giudicato implicito soffre due ordini di eccezioni: uno, per così dire, interno, ed uno esterno, relativo all'inapplicabilità ad altri antecedenti necessari della decisione di merito ⁽¹⁹⁸⁾.

Ne consegue che i casi in cui il ricorso incidentale per cassazione non è condizionato *de iure* coincidono evidentemente con i casi in cui il principio del giudicato implicito non è applicabile, rimanendo quindi ferma la rilevabilità d'ufficio della questione in ogni stato e grado del processo.

Relativamente alla questione di giurisdizione, come si è visto, la relativa eccezione può essere proposta senza preclusioni in tutti i casi in cui la sentenza non

⁽¹⁹⁶⁾ Così CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 1155 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Sul punto, v. in dottrina DALFINO, *op. ult. cit.*, p. 16 s.; CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 1151 ss.; DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 749 ss.; BACCAGLINI, *op. cit.*, p. 1084 ss.; RUSCIANO, *op. ult. cit.*, p. 1111 s.; IZZO, *op. cit.*, p. 2733 s.; BOVE, *op. ult. cit.*, p. 75 s.; CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 396 ss.; CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *www.federalismi.it*, 2009, p. 15.

⁽¹⁹⁸⁾ V. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 749 ss.

contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione ⁽¹⁹⁹⁾: in questi casi, infatti, non vi sarebbe lo spazio per configurare una pronuncia implicita sulla giurisdizione, né di conseguenza la possibilità per la formazione di un giudicato implicito sulla questione, rimanendo ferma pertanto la possibilità di rilevare l'eventuale difetto anche nei successivi gradi di giudizio ⁽²⁰⁰⁾.

Quanto alle questioni pregiudiziali di rito diverse dalla giurisdizione alle quali non si estende il principio del giudicato implicito, si tratta evidentemente di questioni di rango superiore o, per usare un sinonimo, fondanti, che, se non ben risolte, compromettono alla radice la funzionalità del processo. Proprio per questa ragione, sono eccepibili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, anche per la prima volta: si pensi, ad esempio, al difetto di integrità del contraddittorio, alla mancanza dei presupposti processuali soggettivi, all'esistenza di un precedente giudicato, al divieto di *ius novorum*, nonché alla litispendenza ⁽²⁰¹⁾.

In questi casi, rimanendo ferma la rilevabilità d'ufficio della questione in ogni stato e grado del processo, non è necessario interporre un'impugnazione incidentale, potendo il giudice dell'impugnazione, anche in assenza di un qualsiasi comportamento attivo della parte, procedere d'ufficio al rilievo della questione. Se invece la parte vittoriosa ha comunque proposto impugnazione incidentale fondata sui vizi citati, questa non è condizionata alla valutazione di fondatezza dell'impugnazione principale e, pertanto, potrà essere esaminata con priorità.

⁽¹⁹⁹⁾ Come, ad esempio, quando l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza impugnata risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad esempio, la manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, superando la progressione stabilita dal legislatore, per ragioni, anche in questo caso, di economia processuale. Entro questi limiti, il tenore letterale dell'art. 37 c.p.c. resta integro (così Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.; successivamente Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.; di recente, Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20932, cit.).

⁽²⁰⁰⁾ CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 389.

⁽²⁰¹⁾ Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, cit.

RIFLESSIONI CRITICHE SULL'ONERE DI APPELLO INCIDENTALE DELLA PARTE VITTORIOSA NEL MERITO

SOMMARIO: 4.1. Premessa. – 4.2. Perplessità sull'onere di impugnazione incidentale dell'appellato non soccombente, neppure potenziale. – 4.3. L'appello come *novum iudicium* o come *revisio prioris instantiae*? – 4.4. Rilievi critici sull'impugnabilità della pronuncia implicita sulla giurisdizione.

4.1. Premessa.

È questo il momento per esprimere alcune perplessità sulla soluzione avanzata dalle sezioni unite.

Ritengo che i profili di criticità riguardino sostanzialmente tre questioni: *a)* l'onere di impugnazione incidentale dell'appellato totalmente vittorioso nel merito in primo grado; *b)* la ricostruzione (discutibile) del giudizio di appello in termini di *novum iudicium*; *c)* il rapporto con il modello costituzionale del giusto processo.

Come si può ben capire, si tratta di questioni particolarmente importanti sotto il profilo sistematico e dei risvolti applicativi, in quanto condizionano il comportamento processuale della parte interessata.

Ora, non resta che riflettere e prendere posizione su ciascun punto, individuando ed evidenziando i limiti del ragionamento delle sezioni unite.

4.2. Perplessità sull'onere di impugnazione incidentale dell'appellato non soccombente, neppure potenziale.

Con riguardo al punto di cui alla lettera *a)*, mi sembra che il ragionamento delle sezioni unite si presti ad alcuni rilievi critici laddove individua

nell'impugnazione incidentale la tecnica processuale da impiegare contro la pronuncia implicita sulla giurisdizione.

In particolare, mi riferisco al giudizio di appello nel quale l'appellato, totalmente vittorioso nel merito, avrebbe l'onere di impugnare in via incidentale il capo implicito sulla giurisdizione.

Non contesto *in toto* la validità dell'orientamento della Cassazione, tuttavia esprimo qualche dubbio in riferimento al caso specifico dell'appellato non soccombente, neppure potenziale.

Seguendo l'interpretazione delle sezioni unite, la parte totalmente vittoriosa sul merito in primo grado ha sempre l'onere di impugnare in via incidentale la decisione implicita sulla giurisdizione, al fine di impedire il formarsi del giudicato implicito su detta questione.

Ciò significa che l'onere dell'appello incidentale sussiste sia nell'ipotesi in cui l'appellato sia soccombente, anche solo potenziale, su alcune questioni, sia nell'ipotesi in cui l'appellato sia totalmente vittorioso nel merito, ma soccombente sulla questione di giurisdizione decisa implicitamente dal giudice di prime cure.

Le perplessità sull'interpretazione delle sezioni unite riguardano quest'ultima ipotesi. Ecco un esempio: Tizio è totalmente vittorioso sul merito in primo grado, ma il giudice si è pronunciato implicitamente in senso non ostativo sulla sua eccezione di difetto di giurisdizione; Caio, soccombente nel merito, propone appello. A questo punto, Tizio, che non intende rinunciare alla propria eccezione, deve spiegare appello incidentale o limitarsi a riproporre l'eccezione di difetto di giurisdizione? ⁽²⁰²⁾

La risposta a questa domanda passa attraverso le nozioni di soccombenza ed interesse ad impugnare.

Come è noto, il principio contenuto nell'art. 100 c.p.c. – a norma del quale per proporre una domanda o per resistere ad essa è necessario averne interesse – si

⁽²⁰²⁾ Sull'argomento, v. TURRONI, *op. cit.*, p. 129 ss.

applica anche al giudizio di impugnazione, per cui l'interesse ad impugnare una sentenza, o un capo di essa, sorge ogni qualvolta si verifichi una soccombenza, anche parziale, nel precedente giudizio, intesa, in senso sostanziale e non formale, quale statuizione sfavorevole.

L'onere di impugnazione presuppone, quindi, la soccombenza della parte, venendo a mancare altrimenti l'interesse ad impugnare, richiesto dall'art. 100 c.p.c. come requisito essenziale del diritto di impugnazione.

Nel caso specifico, invece, non vi è soccombenza, neppure parziale, da parte di Tizio e, quindi, è difficilmente rintracciabile un suo interesse ad impugnare, considerato che la pronuncia di primo grado corrisponde interamente a ciò che aveva chiesto al giudice e, pertanto, non vi è spazio per un ulteriore margine di vantaggio. In altri termini, Tizio non chiede la riforma della sentenza impugnata, bensì la sua conferma, *id est* il solo rigetto dell'avverso gravame.

Mi chiedo, a questo punto, se non sia più corretto in tale ipotesi impiegare la tecnica della semplice riproposizione *ex art.* 346 c.p.c., anziché dell'appello incidentale.

Questa tesi trova riscontro positivo nella stessa giurisprudenza di legittimità. L'art. 346 c.p.c., come è noto, prevede la decadenza, per rinuncia, dalle domande e dalle eccezioni non accolte nel giudizio di primo grado e non espressamente riproposte in appello. La suprema Corte ha più volte affermato che tale disposizione è applicabile alle ipotesi in cui una parte sia totalmente vittoriosa in primo grado: questa non ha l'onere di proporre appello incidentale per chiedere il riesame delle domande e delle eccezioni respinte o ritenute assorbite o comunque non esaminate con la sentenza impugnata dalla parte soccombente, essendo invece sufficiente,

appunto, la riproposizione di tali domande o eccezioni nel giudizio di secondo grado ⁽²⁰³⁾.

Ritengo pertanto che, ove non vi sia soccombenza, neppure potenziale, l'appellato abbia l'onere di riproporre la questione di giurisdizione nel giudizio di appello, senza la necessità di spiegare appello incidentale. Questa diversa prospettiva, del resto, reca due vantaggi non trascurabili: a) l'appellato non deve necessariamente rispettare il termine previsto per l'appello incidentale; b) poiché la riproposizione, proprio perché tale, prescinde dalla formulazione dei motivi di impugnazione, non si pone neppure il problema pratico di come impugnare la pronuncia implicita sulla giurisdizione, che, per definizione, è priva di motivazione ⁽²⁰⁴⁾.

4.3. L'appello come *novum iudicium* o come *revisio prioris instantiae*?

Passiamo ora al punto di cui alla lettera b).

La ricostruzione che le sezioni unite fanno del giudizio di appello in termini di *novum iudicium* non può che suscitare qualche perplessità alla luce dell'attuale diritto positivo e della stessa giurisprudenza di legittimità.

È infatti costante in giurisprudenza l'affermazione secondo cui l'atto di appello non introduce un *novum iudicium* bensì una *revisio prioris instantiae*, cioè un giudizio di revisione della sentenza di primo grado ⁽²⁰⁵⁾. Ciò significa che l'oggetto

⁽²⁰³⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 aprile 2002, n. 5721, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 329 ss., con nota di R. POLI, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*; v., di recente, R. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 57.

⁽²⁰⁴⁾ Sul punto, v. *infra* n. 4.4.

⁽²⁰⁵⁾ V., *ex multis*, Cass., 21 maggio 2008, n. 13080, in *Guida dir.*, 2008, 33, p. 71 ss.; Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1436 ss.

In dottrina, aderiscono a tale indirizzo, DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 761 ss.; R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., spec. p. 448 ss.; MANCUSO, *I motivi specifici dell'atto di appello*, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 877 ss., spec. p. 884.

Sono invece contrari, MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, pp. 583-585 e 615 ss.; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile. Le impugnazioni*, II, 2, Bari, 2004, p. 82 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2004, pp. 63 ss. e 71 ss.; MANDRIOLI, *Diritto*

diretto del giudizio di appello non è la controversia di primo grado, bensì la sentenza di primo grado, nei limiti degli specifici motivi d'appello proposti dalle parti ⁽²⁰⁶⁾. Sono pertanto devolute al giudice superiore solo le singole, specifiche parti di sentenza investite dai motivi di impugnazione (c.d. principio *tantum devolutum quantum appellatum*) ⁽²⁰⁷⁾.

Solo in questo senso può parlarsi dell'appello quale *revisio*, cioè l'appellante non può lamentarsi genericamente dell'ingiustizia della decisione oppure richiamare le argomentazioni difensive svolte in primo grado, ma deve indicare specificamente i motivi di impugnazione e contrastare le argomentazioni della sentenza ⁽²⁰⁸⁾. È evidente che l'onere della specificazione dei motivi di appello è direttamente correlato alla motivazione della sentenza impugnata.

Il rapporto giuridico sostanziale, infatti, entra nel giudizio di appello attraverso il filtro della pronuncia di primo grado, ed è per questo che il giudice di appello ha come necessario parametro di riferimento la sentenza impugnata, e ciò in virtù della «funzione stessa dell'impugnazione che è pensata soprattutto per un progressivo affinamento della decisione» ⁽²⁰⁹⁾: questa impostazione, del resto, si armonizza con il ruolo centrale che il giudizio di primo grado svolge nell'attuale sistema processuale, che demanda invece all'appello una funzione di controllo della giustizia della sentenza di primo grado ⁽²¹⁰⁾.

*processuale civile. Il processo di cognizione*¹⁸, II, Torino, 2006, p. 444 ss.; BALENA-ORIANI-PROTO PISANI-RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, spec. c. 1438 s.

⁽²⁰⁶⁾ V., sul punto, MINARDI, *Capire l'appello civile*, in *www.lexform.it*; MINARDI, *Il giudizio d'appello come «revisio prioris instantiae»*, *ivi*.

⁽²⁰⁷⁾ V. ampiamente R. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, *cit.*, p. 56 ss.

⁽²⁰⁸⁾ Cass., 21 maggio 2008, n. 13080, *cit.*

⁽²⁰⁹⁾ L'espressione è di ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 1246, il quale pone in luce come tale affinamento sia assai meglio garantito, in linea di principio, dal giudice che si misura criticamente con la decisione precedente, che non da quello che si concentra direttamente sulla realtà giuridica sostanziale.

⁽²¹⁰⁾ Come è noto, la legge n. 353 del 1990 e le successive riforme hanno inteso rivalutare al massimo il giudizio di prima istanza, producendo un effetto di responsabilizzazione delle parti nella gestione delle loro difese.

Ragion per cui tale mezzo di impugnazione è venuto ad assumere i caratteri di *revisio prioris instantiae*, anziché di *novum iudicium*, ossia di un'impugnativa avverso la sentenza, piuttosto che di rimedio introduttivo di un giudizio sul rapporto controverso ⁽²¹¹⁾.

Diverse disposizioni del codice di rito ⁽²¹²⁾ e la stessa evoluzione legislativa del giudizio di appello depongono in questo senso ⁽²¹³⁾.

Nulla quaestio, invece, in relazione alla natura di gravame sostitutivo che caratterizza l'appello: un mezzo di impugnazione a critica libera (poiché le tipologie di censure ammesse avverso la sentenza di primo grado non sono predeterminate), ma a cognizione limitata dagli specifici motivi di appello e dalle domande ed eccezioni non accolte e riproposte dalle parti, che delimitano l'ambito della *cognitio* nel processo di seconda istanza, al termine del quale la sentenza di primo grado sarà sostituita dalla sentenza di appello ⁽²¹⁴⁾.

Più in generale, mi sembra che si possa legittimamente affermare che la configurazione dell'appello quale *revisio* soddisfi maggiormente le esigenze espresse dai principi del giusto processo: vuoi in termini di efficienza ed effettività dell'attività giurisdizionale, vuoi in termini di razionalità ed ottimizzazione dell'impiego dell'attività decisoria, e quindi con evidenti ed innegabili benefici anche in termini di ragionevole durata del giudizio di appello ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹¹⁾ Così la relazione tematica n. 111 del 18 settembre 2006, red. Carrato, su «L'oggetto dell'appello ed il requisito della specificità dei motivi», Corte suprema di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, in www.cortedicassazione.it, p. 5 ss.

⁽²¹²⁾ Si pensi, ad esempio, agli artt. 329, comma 2°, 342, comma 1°, 345 e 346 c.p.c.

⁽²¹³⁾ Ricostruisce, sia pure sinteticamente, il processo evolutivo del giudizio d'appello, Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, cit., con nota di BALENA-ORIANI-PROTO PISANI-RASCIO, *op. cit.*, c. 1436 ss.; R. POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1397 ss.

⁽²¹⁴⁾ V. nota 211.

⁽²¹⁵⁾ Per un'ampia riflessione sui rapporti tra il giusto processo e i diversi modelli di giudizio di appello, v. R. POLI, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 54 ss.

4.4. Rilievi critici sull'impugnabilità della pronuncia implicita sulla giurisdizione.

Facciamo ora un passo indietro nella disamina del rapporto tra il giudicato implicito sulla giurisdizione e il sistema delle impugnazioni. Nel capitolo precedente ci siamo occupati delle implicazioni del giudicato implicito sulla giurisdizione in sede di impugnazione e, in particolare, del carattere condizionato del ricorso incidentale per cassazione. Ora, invece, mi soffermerò su un quesito pregiudiziale rispetto a quelli già esaminati, e cioè: come poter argomentare le critiche avverso la pronuncia implicita sulla giurisdizione, in quanto tale priva di motivazione e resa senza previo contraddittorio?

Senza entrare nel merito del rapporto tra giudicato implicito e giusto processo, ma sempre con lo sguardo rivolto al sistema delle impugnazioni, si coglie subito una anomalia: la pronuncia implicita sulla giurisdizione in primo grado deve ritenersi adottata d'ufficio dal giudice (visto che, appunto, la questione non è stata oggetto di esplicita eccezione di parte), ed avvenuta sostanzialmente al buio, senza attivazione di alcun contraddittorio.

E già questo sarebbe sufficiente per esporre ad invalidità la stessa pronuncia sul merito, in ossequio all'art. 101 c.p.c. recentemente modificato dalla novella del 2009 ⁽²¹⁶⁾.

Ma non basta. Ancora più grave è la circostanza che la suddetta pronuncia è, per definizione, priva di motivazione: tale situazione è in palese contrasto con l'art. 111, comma 6°, cost. e con il diritto alla difesa garantito dall'art. 24 cost., anche nella

⁽²¹⁶⁾ In questo senso, v. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1093 ss.; DALFINO, *op. ult. cit.*, p. 11 s.; CARRATTA, *op. cit.*, p. 16 s.; DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 751; PETRELLA, *La definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limiti del giudicato esterno nel modello ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost.*, in <http://host.uniroma3.it/>, p. 8 s.

sua accezione di diritto all'impugnazione, in quanto non è consentito alle parti di individuare la statuizione sfavorevole e la sua motivazione.

La parte interessata sarebbe costretta ad impugnare in assenza di un motivo specifico, con la conseguenza che l'impugnazione rischierebbe di essere ritenuta inammissibile ⁽²¹⁷⁾.

Come è noto, infatti, le ragioni sulle quali si fonda il gravame devono essere esposte con sufficiente grado di specificità in correlazione alla motivazione della sentenza impugnata, pena l'inammissibilità dell'impugnazione stessa ⁽²¹⁸⁾. Di conseguenza, poiché la decisione implicita nasce ontologicamente priva di motivazione, la parte che abbia intenzione di promuovere impugnazione avverso quel capo della sentenza si troverebbe priva di base argomentativa sulla quale imbastire il gravame ⁽²¹⁹⁾.

Sorge a questo punto la domanda: come impugnare il capo implicito della sentenza relativo alla questione di giurisdizione?

Non manca, in dottrina, chi sostiene che l'atto di appello potrà non contenere l'esposizione dei motivi, in quanto avrebbe poco senso impegnarsi nel censurare una pronuncia implicita, e che, nella sostanza, basterà ribadire al giudice d'appello la volontà che si pronunci sulla questione di giurisdizione decisa implicitamente in prime cure.

A mio avviso, invece, sarebbe preferibile accompagnare il rilievo del difetto di giurisdizione con doglianze di merito, idonee a qualificare il concreto pregiudizio derivante dal vizio processuale.

Si tratta evidentemente di un artificio per impedire il formarsi del giudicato implicito.

⁽²¹⁷⁾ V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, cit., p. 1094.

⁽²¹⁸⁾ Così Cass., 18 aprile 2007, n. 9244, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 801 s.; Cass., 19 settembre 2006, n. 20261, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Appello civile», n. 95.

⁽²¹⁹⁾ V. DALFINO, *op. ult. cit.*, p. 11.

Ma, prima ancora di porci il problema pratico di come impugnare la decisione implicita sulla giurisdizione, viene da chiedersi perché mai la parte che non ha sollevato la questione di giurisdizione in primo grado, pensando che non le interessi, dovrebbe poi seguire un artificio per appellarla?

Ecco, allora, che ritorna l'interrogativo iniziale, ossia la questione relativa alla soccombenza e all'interesse ad impugnare, che, a mio avviso, rappresenta il vero limite della soluzione avanzata dalle sezioni unite ⁽²²⁰⁾.

Una ragione di più per riflettere sulle ricadute applicative dell'istituto del giudicato implicito in sede di impugnazione, alla luce del modello costituzionale del giusto processo (art. 111 cost.).

⁽²²⁰⁾ V. *supra* n. 4.2.

CONCLUSIONI

Concludo muovendo dalle considerazioni introduttive.

Come si è detto, l'istituto del giudicato implicito si inserisce in un disegno più ampio della Corte di cassazione volto, almeno nelle intenzioni, a migliorare il servizio giustizia sotto il profilo della ragionevolezza dei tempi e dell'efficienza delle soluzioni, al fine di assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia.

La suprema Corte, attraverso la categoria dogmatica del giudicato implicito a finalità semplificatorie, circoscrive progressivamente nel corso del processo l'oggetto del contendere, limitando di fatto il potere del giudice dell'impugnazione di sollevare le questioni d'ufficio, tutte le volte che la legge lo consente.

Lo scopo, certamente apprezzabile, non sgombra però il campo dalle perplessità che derivano dall'uso improprio che la Cassazione fa del giudicato implicito come deterrente nei confronti delle impugnazioni.

Viene allora da chiedersi se il fine giustifichi i mezzi.

Insomma, ci dobbiamo domandare se il giudicato implicito sia o meno lo strumento processuale più idoneo per conseguire questo obiettivo.

Ebbene, se lo scopo, senza dubbio condivisibile, è quello di porre in qualche modo rimedio ai pesanti carichi giudiziari e agli evidenti ritardi della giustizia civile, se lo scopo è arrivare a decidere presto in ossequio al principio costituzionale della ragionevole durata, non si può però trascurare il fatto che questo principio non opera in modo isolato, ma nel quadro del modello costituzionale del giusto processo «regolato dalla legge», che fa del contraddittorio uno dei suoi elementi costitutivi essenziali.

Più semplicemente, ritengo che, pur nel rispetto delle esigenze del sistema, non si possa sfuggire a quella felice regola di garanzia che vuole che vi sia una

precisa corrispondenza tra l'effettiva discussione delle questioni e l'estensione del giudicato.

E allora, se così posso esprimermi, la partita non si gioca sul terreno di operatività del giudicato implicito, bensì su quello di una corretta e lungimirante gestione della vicenda processuale da parte del giudice.

Sarà il giudice, di volta in volta, a valutare, nel rispetto delle norme, l'opportunità di esercitare i suoi poteri officiosi, a seconda che le questioni di merito o di rito siano o meno decisive per la giustizia della decisione di merito o per la correttezza del processo.

Il *case management* entra, allora, prepotentemente in gioco ⁽²²¹⁾, ponendosi in tal modo come una soluzione auspicabile che consente di realizzare il giusto equilibrio tra le esigenze complessive del sistema che spingono evidentemente verso una giustizia più celere, considerata l'attuale stagione di emergenza giurisprudenziale, e la necessità di tener conto degli interessi delle parti e della loro reale volontà di sollevare e discutere determinate questioni.

⁽²²¹⁾ Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1320 ss.

Riferimenti bibliografici

ADORNO, *Questioni rilevabili d'ufficio e poteri del giudice d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II.

ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957.

ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990.

ARIETA-DE SANTIS-MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*³, a cura di Arieta e De Santis, Padova, 2008.

BACCAGLINI, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito: una decisione non pienamente condivisibile*, in *Corr. giur.*, 2009.

BALENA, *Elementi di diritto processuale civile. Le impugnazioni*, II, 2, Bari, 2004.

BALENA-ORIANI-PROTO PISANI-RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I.

BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II.

BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997.

BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009.

BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Napoli, 1955.

BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993.

BOVE, *Art. 111 cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004.

BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*², Torino, 2006.

BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.

CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2007.

CAPONI, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, in *Foro it.*, 2009.

CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003.

CARBONE, *Ricorso incidentale condizionato*, in *Corr. giur.*, 2009.

CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in www.federalismi.it, 2009.

CASTRO, *La difficoltà d'individuare un'utilità effettiva fa propendere per l'assorbimento del motivo*, in *Guida dir.*, 2009, 17.

CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in www.judicium.it, 2006.

CECHELLA-ZANDA, *Nullità del contratto: rilevabilità d'ufficio, giudicato e contraddittorio*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 2010.

CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935.

CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993.

CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985.

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2004.

CONSOLO, *Il riparto fra le giurisdizioni, l'anacronismo della "severità" ispiratrice dell'art. 37 c.p.c. sul rilievo officioso "in ogni grado" e il gatto del Cheshire*, in *Corr. giur.*, 2005, II.

CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005.

CORSETTI, *Il processo previdenziale – Principio di non contestazione e poteri del giudice. Effetti nel processo in appello*, in www.giustizia.lazio.it.

CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004.

COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in CIVININI-VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*, Milano, 2001.

CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009.

DALFINO, *Ordine delle questioni, principio di assorbimento e dispositivo*, in <http://appinter.csm.it/>.

DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008.

DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 2000.

DE PAULI, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni*, in <http://appinter.csm.it/>, 2009.

DELLE DONNE, *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed «evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione»: a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010.

DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Dall'azione al giudicato. Temi del processo civile*, Padova, 1983.

DONDI-GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007.

FAZZALARI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960.

FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.

GARGIULO, *In tema di giudicato implicito su questione pregiudiziale*, in *Temi nap.*, 1960, I.

GUARNIERI, *Sentenza «non definitiva» ex art. 64, t.u. 30 marzo 2001, n. 165 e giudicato implicito sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.

HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, I.

IZZO, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito*, in *Giur. it.*, 2009, 12.

LAMORGESE, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, in www.federalismi.it.

LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.

LANFRANCHI, «*Giusto processo civile*» e riforme incostituzionali, in *La roccia non incrinata*², Torino, 2004.

LASAGNO, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.

LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957.

LIEBMAN, voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, 1989, XV.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*⁷, a cura di Colesanti, Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007.

LIPARI, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati (AS-1082): certezze e dubbi*, in www.federalismi.it.

LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege. Profili*, Milano, 2008.

LUISO, *Diritto processuale civile*⁴, I, Milano, 2007.

LUISO, *Diritto processuale civile*⁶, II, Milano, 2011.

MANCUSO, *I motivi specifici dell'atto di appello*, in *Giust. civ.*, 2006, I.

- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*¹⁸, II, Torino, 2006.
- MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2.
- MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005.
- MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*², diretta da Proto Pisani, Torino, 2002.
- MINARDI, *Capire l'appello civile*, in *www.lexform.it*.
- MINARDI, *Il giudizio d'appello come «revisio prioris instantiae»*, in *www.lexform.it*.
- MONTANARI, *Improcedibilità per sopravvenuta liquidazione coatta amministrativa e giudicato implicito*, in *Il fallimento*, 2000, I.
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002.
- MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971.
- NATOLI, *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979.
- NEGRI, *Le sezioni unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta*, in *Corr. giur.*, 2001.
- NICOLETTI, *Profili istituzionali del processo civile*, Milano, 2003.
- ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio (nuova critica alla teoria del giudicato implicito)*, in *Giur. merito*, 1995, I.
- ONDEI, *Un equivoco circa i limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro pad.*, 1976, II.

ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

PACIOTTI, *Processo del lavoro*, in www.studiolegalelaw.it.

PANZAROLA, *Sul condizionamento de iure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

PETRELLA, *La definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limiti del giudicato esterno nel modello ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost.*, in <http://host.uniroma3.it/>.

PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-26 settembre 2009.

PILLONI, *La Cassazione e il rilievo ex officio della nullità tra oggetto del giudicato, principio dispositivo e corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006.

PIVETTI-NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in www.magistraturademocratica.it, 2005.

POLI R., *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999.

POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002.

POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004.

POLI R., *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

- POLI R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.
- POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.
- PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.
- PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2006.
- PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969.
- RICCI E.F., *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.
- RINALDI, *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, in <http://judicium.it/>.
- RIZZO, *Le SS.UU. si pronunciano sul giudicato implicito. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili – sentenza 30 ottobre 2008 n. 26019*, in www.ildirittoconcorsi.it.
- ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000.
- ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 6.
- ROMANO, *Due sfrangiate questioni in tema di formazione e oggetto della cosa giudicata civile*, in *Corr. giur.*, 2005, I.
- RONCO, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito (come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito)*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9.

RUSCIANO, *Il ricorso per cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una «deviazione temporanea»?», in Corr. giur.*, 2008.

RUSCIANO, *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, in *Foro it.*, 2009, I.

SANDULLI, *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 1960, I.

SANDULLI, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in www.federalismi.it, 2007.

SANDULLI, *Dopo la “translatio iudicii”, le Sezioni Unite riscrivono l’art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l’unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., n. 24883 del 2008)*, in www.federalismi.it.

SARCONI, *Nota minima a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883 – Riconoscimento della competenza del giudice adito*, in www.amministrativamente.it.

SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4.

TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione (ed altre osservazioni sui limiti oggettivi della cosa giudicata)*, Roma, 1967.

TARUFFO, «Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, e II, *ivi*, 1972.

TARZIA, *L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.

TEDOLDI, *L’onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, 6.

TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001.

TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006.

VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.federalismi.it.

VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Il giusto processo civile*, 2009.

VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007.

ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005.

Ringraziamenti

È stato decisivo, per l'impostazione tematica e la realizzazione della tesi, l'impegno in questa profusa dal Prof. Paolo Biavati, al quale mi lega un felice rapporto di sostanziale condivisione dell'attività di ricerca svolta, che ha potuto così giovare del prezioso contributo della sua elevata professionalità, del quale io personalmente gli sono profondamente grato.